

# UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO  
Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado



## TESIS DOCTORAL

**La vida familiar de los extranjeros: el derecho y la integración**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Leonor Segoviano Revilla**

Directora  
Irene María Briones Martínez

**Madrid, 2014**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

TESIS DOCTORAL

**LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS  
EL DERECHO Y LA INTEGRACIÓN**

**LEONOR SEGOVIANO REVILLA  
MADRID, 2014**

Tesis que presenta la licenciada Leonor Segoviano Revilla para la obtención del grado de doctor por la Universidad Complutense de Madrid, dirigida por la Profesora Doctora Doña Irene María Briones Martínez

*A mis padres*

## **PRESENTACIÓN**

Con esta tesis continúo la línea de investigación que inicié con el trabajo para la defensa del Diploma de Estudios Avanzados, valorado en febrero de 2007.

En el trabajo realizado entonces analicé el derecho a la vida familiar de los extranjeros en el marco de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950<sup>1</sup>. Para ello, examiné las legislaciones comunitaria y española, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestros Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. La mayoría de estas sentencias han sido consultadas en la Base de Datos de Aranzadi, por lo que no aparecen citadas a pie de página. En el supuesto de que la fuente haya sido otra, sí se cita debidamente.

Este es el punto de partida de la presente tesis.

En el Capítulo I examino lo que en dicho marco se entiende por vida familiar, su reconocimiento como derecho en las distintas declaraciones internacionales de derechos fundamentales, más concretamente en el Convenio, y su configuración a través de las resoluciones de los órganos de control del mismo, en especial las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho a la vida familiar es un derecho particularmente afectado por el fenómeno migratorio en cuanto supone la ruptura del núcleo familiar cuando uno de sus miembros emigra buscando mejores condiciones de vida, estableciéndose, pues, en un país que no es el suyo. Así, en el Capítulo II analizo el derecho a la vida familiar de los extranjeros, sus requisitos y contenido, la importancia del derecho a la reagrupación familiar, y también la incidencia en la vida familiar de las decisiones de expulsión del país de acogida adoptadas por sus autoridades.

En el capítulo III llevo a cabo un especial estudio del reconocimiento en España del derecho a la vida familiar de los extranjeros, su tratamiento legislativo y la jurisprudencia al respecto. El reconocimiento de este derecho y las reales posibilidades de su ejercicio, así como de otros, como

---

<sup>1</sup> En adelante, CEDH o el Convenio o Convenio de Roma.

el derecho a la libertad religiosa, posibilitan la mayor integración de los extranjeros en nuestra sociedad.

En el capítulo siguiente, hago referencia al matrimonio de conveniencia, esto es, al matrimonio celebrado por una persona de nacionalidad española con una persona extranjera con la única finalidad de que esta obtenga los beneficios derivados de la legislación española en materia de residencia y nacionalidad, al ostentar la condición de cónyuge de español. Estos contrayentes se sirven de una institución como el matrimonio -civil o canónico- sin prestar un auténtico consentimiento matrimonial. Esto ha llevado a la adopción de una serie de medidas destinadas a evitar los matrimonios de conveniencia antes de su celebración y, en el caso de que se celebren, a obtener su nulidad.

El quinto y último capítulo lo dedico a los derechos de los menores extranjeros relacionados con la inmigración (en especial, los derechos a la nacionalidad, la residencia, la integridad física, la educación y la libertad religiosa) y a la incidencia que en la vida familiar tiene el preocupante fenómeno de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados. Para ello he analizado el sistema jurídico que les protege para que puedan desarrollar una vida familiar propia o volver con sus familias a sus países de origen.

Las fuentes utilizadas han sido fundamentalmente, además de la legislación nacional y comunitaria y la bibliografía reseñada al final de esta tesis, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Tribunales españoles: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, así como numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Dichas fuentes aparecen citadas según las directrices establecidas por la Universidad Carlos III de Madrid, con base en la norma ISO 690-1987 y su equivalente UNE 50-104-94 sobre los criterios a seguir para la elaboración de referencias bibliográficas.

En marzo de 2014 he finalizado la redacción de esta tesis.

## ÍNDICE

	Pág.
<b>CAPÍTULO I. LA VIDA FAMILIAR .....</b>	<b>1</b>
A. CONCEPTO DE FAMILIA .....	1
B. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LA VIDA FAMILIAR EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL .....	3
C. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR .....	12
1. La protección de los extranjeros con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	13
2. La protección de los extranjeros en el derecho comunitario .....	20
2.1 Nacionales de terceros países familiares de comunitarios .....	21
2.2 Nacionales de terceros países no familiares de comunitarios .....	23
3. La reagrupación familiar .....	25
<b>CAPÍTULO II. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>31</b>
A. LA VIDA FAMILIAR EN EL CONVENIO .....	31
1. Matrimonio o relación estable .....	31
2. Familia natural .....	33
3. Relación entre los padres y los hijos menores de edad .....	35
4. Relación entre hermanos .....	39
5. Hijos no matrimoniales .....	41
6. Relación entre los padres y los hijos adultos .....	41
7. Relación entre los abuelos y los nietos .....	42
8. Relación entre los tíos y los sobrinos .....	42
9. Adopción .....	43
10. Menores tutelados por autoridades públicas .....	44
11. Parejas homosexuales .....	45
12. Parejas transexuales .....	46
13. Matrimonios poligámicos .....	48

14. Acceso a datos sobre el origen y la infancia de las personas .....	48
B. LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS .....	49
1. Preexistencia de la vida familiar .....	50
2. Lazos familiares reales .....	52
3. Carácter efectivo de la vida familiar .....	53
C. REQUISITOS PARA SER TITULAR DEL DERECHO .....	54
1. Ser persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares .....	54
2. Ser víctima de una violación del Convenio .....	54
2.1 El interés personal .....	55
2.2 El interés directo .....	56
2.3 El interés actual .....	56
D. CONTENIDO DEL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS .....	57
1. El respeto a la vida familiar como obligación negativa del Estado .....	61
1.1 Derecho de entrada y residencia .....	64
1.2 Legalidad de la medida que afecta al derecho a la vida familiar .....	65
1.3 Finalidad de la medida de expulsión .....	67
1.3.1 Expulsión de extranjeros que han llegado al país de acogida siendo adultos .....	67
1.3.2 Expulsión de delincuentes extranjeros menores de edad .....	70
1.3.3 Expulsión de extranjeros de segunda generación .....	71
a) Expulsiones que vulneran el artículo 8 .....	71
b) Expulsiones que no vulneran el artículo 8 .....	75
1.3.4 Expulsión de delincuente extranjero disminuido físico y	



psíquico .....	78
1.3.5 Expulsión que afecta a relaciones entre adultos .....	79
1.4 La expulsión y el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes .....	80
1.5 Afectación de la vida familiar por la disolución de la Unión Soviética .....	83
2. El respeto a la vida familiar como obligación positiva del Estado ...	87
2.1 Supuestos de residencia y reagrupación familiar .....	87
2.2 Reivindicación de la vida familiar en casos de guarda y custodia	96
 <b>CAPÍTULO III. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS .....</b>	 <b>103</b>
A. INTRODUCCIÓN .....	103
B. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA .....	108
1. Derechos relacionados con el desarrollo de la vida familiar de los extranjeros: .....	112
1.1. Derecho de entrada y libertad de residencia .....	112
1.2. Derecho a la nacionalidad .....	114
1.3. Derecho de reunión y asociación .....	116
1.4. Derecho al trabajo y a percibir una prestación por desempleo ..	117
1.5. Derecho de sindicación y huelga .....	118
1.6. Derecho a la salud .....	119
1.7. Derecho a la educación .....	120
2. Especial referencia a la libertad religiosa del inmigrante: .....	122
2.1. La poligamia .....	127
2.2. El uso del velo islámico .....	128
2.3. Lugares de culto .....	140
2.4. Ritos mortuorios y cementerios .....	141
2.5. Estancia en Centros penitenciarios .....	143
2.6. Libertad religiosa y asilo .....	145

C.EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA .....	145
1. El derecho a la intimidad familiar .....	145
2. El derecho a la vida familiar.....	149
2.1. Aspectos legales básicos en materia de extranjería e inmigración .....	149
2.2. La reagrupación familiar .....	151
2.2.1. Aspectos jurídicos .....	151
2.2.2. La aplicación del derecho por el Tribunal Supremo ...	154
D.LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO COMO MEDIDA QUE AFECTA A LA VIDA FAMILIAR .....	161
1. La medida de expulsión en el derecho comunitario e internacional	161
2. La expulsión judicial y administrativa en el derecho español .....	163
2.1 La expulsión judicial .....	164
2.1.1. La expulsión como pena sustitutoria .....	164
2.1.2. La expulsión como medida de seguridad .....	166
2.2 La expulsión administrativa .....	168
2.3 Aplicación de los criterios legales sobre expulsión en casos de extranjeros con vida familiar .....	174
<b>CAPITULO IV. INMIGRACIÓN Y MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA .....</b>	<b>181</b>
A. INTRODUCCIÓN .....	181
1. La regulación civil del consentimiento matrimonial .....	185
2. Análisis comparativo entre la simulación civil y la canónica .....	188
B. LOS FINES QUE PERSIGUEN LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA .....	193

1. Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española .....	193
1.1 Duración de la residencia .....	195
1.2 Convivencia de los cónyuges .....	196
1.3 Buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española .....	197
2. Lograr un permiso de residencia en España .....	202
3. Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados	203
C. LA REACCION LEGAL CONTRA LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA .....	205
1. Régimen comunitario .....	206
1.1. Medidas adoptadas antes de la celebración del matrimonio ...	206
1.2. Medidas adoptadas después de la celebración del matrimonio	210
2. Régimen general de extranjería .....	212
2.1 Derecho a la reagrupación familiar .....	212
2.2 Derecho de residencia .....	213
3. Registro Civil .....	217
3.1 Legislación aplicable .....	217
3.2 Medidas adoptadas antes de la celebración del matrimonio ....	226
3.3 Medidas adoptadas después de la celebración del matrimonio	230
4. Acción de nulidad y sanciones administrativas .....	237
5. Ámbito penal .....	240
D. LA NULIDAD DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA ...	245
6. El <i>ius connubii</i> .....	246
7. La prueba de la simulación .....	249
E. ESPECIAL REFERENCIA AL MATRIMONIO CANÓNICO .....	260
1. Introducción .....	260
2. La Iglesia y la inmigración .....	262

3. Doctrina canónica sobre el matrimonio, en especial, la simulación del consentimiento matrimonial .....	269
3.1 El matrimonio canónico .....	269
3.2 El consentimiento matrimonial .....	275
3.3 El consentimiento simulado .....	277
3.4 La prueba de la simulación .....	286
3.5 El <i>favor iuris</i> .....	292
4. Medidas adoptadas para evitar los matrimonios de conveniencia...	294
4.1. Formalidades canónicas previas a la celebración del matrimonio: el expediente matrimonial .....	294
4.2. Medidas posteriores a la celebración del matrimonio canónico .....	307
4.2.1 Formalidades civiles en la inscripción del matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico .....	307
4.2.2 Impugnación del matrimonio .....	309
5. Efectos civiles de las resoluciones canónicas .....	309
5.1 Aspectos sustantivos de la homologación civil de las resoluciones canónicas .....	311
5.2 Aspectos procesales de la homologación civil de las resoluciones canónicas .....	321
5.3. Contenido de la resolución que otorga eficacia civil a la sentencia canónica .....	325
5.4. Efectos de la homologación .....	326
F. EL DERECHO DE ASILO Y EL MATRIMONIO NO DESEADO...	328
<b>CAPÍTULO V. LOS DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS .....</b>	<b>331</b>
A. INTRODUCCIÓN .....	331
B. LA NACIONALIDAD DE LOS HIJOS NACIDOS EN ESPAÑA DE PADRES EXTRANJEROS .....	332
C. LA RESIDENCIA DEL HIJO DE RESIDENTE LEGAL .....	338

D.	EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA .....	339
1.	La libertad religiosa del menor en el ámbito educativo .....	348
1.1	El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones .....	348
1.1.1	Negativa de los padres a escolarizar a sus hijos menores o home school .....	349
1.1.2	La enseñanza de la religión .....	351
1.1.3	Oposición de los padres a que sus hijos reciban educación sexual en el ámbito escolar .....	355
1.1.4	Oposición de los padres a que sus hijos cursen la asignatura de Educación para la Ciudadanía .....	355
1.2	El uso del velo islámico .....	365
1.3	El crucifijo en las aulas .....	372
2.	La libertad religiosa y el derecho a la salud y a la vida del menor..	376
E.	EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA. Conflicto entre la ley y la tradición cultural.....	387
1.	Las mutilaciones genitales femeninas .....	388
2.	Protección jurídica .....	391
2.1	Actuaciones judiciales preventivas .....	392
2.2	Sentencias condenatorias .....	396
F.	EL DERECHO AL MATRIMONIO Y A ELEGIR CÓNYUGE. LOS MATRIMONOS FORZADOS DE LOS MENORES.....	398
G.	LOS NUEVOS SUJETOS MIGRATORIOS: LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS .....	404
1.	Estatuto de protección .....	404
1.1.	Régimen legal de protección de los menores no acompañados	407
1.2.	La Jurisprudencia ante los menores no acompañados. El mayor interés del menor y la vida	419

familiar.....	
1.3.                   La repatriación del menor	421
.....	
1.4.                   La permanencia en España del menor	425
.....	
1.5.                   Otras situaciones en que pueden encontrarse los menores .....	428
1.5.1 Menores acompañados .....	428
1.5.2 Menores en Centros de internamiento .....	429
1.5.3 Mujeres extranjeras embarazadas .....	430
2. La quiebra del sistema de protección .....	430
3. Menores solicitantes de asilo .....	437
 H. EL DERECHO AL TRABAJO DEL MENOR .....	 438
<b>CONCLUSIONES FINALES .....</b>	<b>443</b>
<b>FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS Y DOCUMENTALES</b>	<b>469</b>
<b>PRESENTATION AND FINAL CONCLUSIONS .....</b>	<b>523</b>

## **CAPÍTULO I**

### **LA VIDA FAMILIAR**

El derecho a la vida familiar es el derecho de las personas que forman parte de una familia a disfrutar de las relaciones entre ellas. Es preciso, pues, determinar qué es familia y qué tipo de relación ha de darse entre sus miembros para que sean titulares del derecho. Y, en relación con los extranjeros, importa examinar si las medidas adoptadas por un Estado miembro del Convenio en materia de permisos de entrada y residencia o expulsión vulneran su derecho a la vida familiar en el país donde están establecidos con su familia.

#### **A. CONCEPTO DE FAMILIA**

En primer lugar es necesario fijar el concepto de familia. Ello se ha complicado con el paso del tiempo y la consiguiente evolución de la sociedad. El concepto tradicional de familia en la civilización occidental está perfectamente delimitado: es la institución formada por el padre, la madre y los hijos, estando el padre y la madre unidos en matrimonio. ALBALADEJO<sup>2</sup> define el matrimonio como *«la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia»*. Además -continúa diciendo-, con la palabra familia se designaba también al grupo de personas ligadas por vínculos de parentesco matrimonial de sangre (padres, hijos, tíos, abuelos, primos, etc.) Y, por otro lado, la familia de cada uno de los esposos pasa a ser familia política del otro, y en tal sentido, este entra a formar parte de ella. Por tanto, cuando se habla de familia se puede aludir a diferentes grupos de personas.

El concepto de matrimonio y de familia y quiénes la forman depende de cada época y lugar. Como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>3</sup>, *«no hay un concepto intemporal de familia. Mas exacto que hablar de familia en singular, como institución universal y única, sería hablar de familias en plural para designar modelos con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente»*. Con la evolución de los tiempos y las mentalidades, en la sociedad occidental actual, que se puede calificar como multicultural, conviven junto a la familia tradicional distintos modelos de familia: parejas de hecho heterosexuales y homosexuales, con o sin

---

<sup>2</sup>ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia*. Décima Edición. Edisofer, S.L., 2006.

<sup>3</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia y derecho de sucesiones*. Décima Edición. Madrid: Tecnos, S.A., 2006. p.32.

descendencia, familias monoparentales, matrimonios entre personas del mismo sexo y matrimonios poligámicos. Casi todos ellos, como veremos, han sido objeto de estudio por el Tribunal Europeo<sup>4</sup>.

Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando en su sentencia 222/1992, de 11 de diciembre abordó el concepto constitucional de familia desligándola del matrimonio y de la descendencia (en el concepto de familia entra también «*la relación matrimonial del hombre y la mujer sin descendencia*») y calificándola como el marco social en el que se convive a través de los principios de solidaridad y dependencia. Por tanto, forman familia los que conviven con base en esos principios. Pero la sentencia no determinó qué relaciones son las que constituyen una familia desde la perspectiva de la Constitución. Esta indefinición en torno al concepto de familia permite que, en cada momento, pueda adaptarse su contenido a los modelos de familia que la sociedad reclama, con origen o no en la institución del matrimonio, a pesar de que todavía predomina la que se forma con el matrimonio. En España, uno de los cambios más trascendentes en el concepto de matrimonio y, por tanto, de familia es el producido por la Ley 13/2005, de 1 de julio: se ha pasado del matrimonio entre hombre y mujer al contraído por «*personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición*». Como dice ROCA TRÍAS<sup>5</sup>, lo importante es que existan unos parientes, una dependencia y cierta jerarquía, que se manifiesta a través de la solidaridad.

Esta amplitud en la forma de entender el término familia ha sido criticada desde la Santa Sede, que «*consciente de que el matrimonio y la familia constituyen uno de los bienes mas preciados de la humanidad, promueve la defensa de la familia fundada en el matrimonio y ordenada al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole*»<sup>6</sup>.

Así las cosas, ARRESE IRIONDO<sup>7</sup> advierte que: «*Esta forma de entender la familia enlaza el derecho a vivir en una con la dignidad de la*

---

<sup>4</sup> En el ámbito de las Naciones Unidas y por la disparidad de los Estados miembros –la ONU cuenta con 191 Estados miembros–, se aceptan múltiples realidades familiares: familias monoparentales, que van en aumento con el incremento de madres solteras y divorcios; familias intergeneracionales, cada vez más frecuentes en los países desarrollados dada la baja tasa de mortalidad; familias con un hijo único, en regímenes antinatalistas como el chino; familias de abuelos y nietos, cada vez más frecuentes en países africanos debido sobre todo a la enfermedad del SIDA. De aquí que no exista una definición estricta de la institución familiar, y en vez de «familia modelo» se toma como referencia «modelos de familia» para evitar excluir alguna situación del ámbito de las relaciones familiares dejándola sin protección.

<sup>5</sup> ROCA TRIAS, Encarnación. “Familia, familias, derecho de familia”. *Anuario de Derecho Civil* 1990.4.

<sup>6</sup> Exhortación Apostólica «*Familiaris consortio*», de su Santidad Juan Pablo al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual, de 22 de noviembre de 1981, y «*Familia, matrimonio y Uniones de hecho*» del Pontificio Consejo para la Familia, de 26 de julio de 2000.



*persona y el libre desarrollo de su personalidad, que según la Constitución son, junto con otros elementos, fundamento del orden político y de la paz social... Otra cuestión diversa es qué ha de entenderse por familia. Ningún texto da una definición al respecto. Esta ausencia se ha justificado por la carencia de un convenio sobre los derechos de familia. Pero quizás la indefinición se deba más a que el transcurso de los años ha evidenciado que se trata de una institución en constante evolución».*

Por lo tanto, siendo la familia una institución cambiante y diversa, cuya forma ha variado mucho a lo largo de la historia dependiendo de las distintas culturas (desde la cada vez más abundante familia monoparental hasta las familias extensas que agrupan a varias generaciones, pasando por los clanes y grupos tribales en los que todos cuidan de todos) lo esencial, bajo cualquier forma, es que constituye el núcleo mínimo de cualquier sociedad, el principio de la socialización del individuo y su primer referente desde el momento del nacimiento, así como el medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, en especial de los niños. Por todo ello, los Estados<sup>8</sup>, conscientes de la importancia de la familia, promueven políticas familiares para su protección creando las condiciones necesarias para lograr su autonomía y bienestar, dotándola de servicios sociales, médicos, educacionales y culturales y adoptando medidas positivas para cuidar sobre todo a los sujetos más vulnerables, como son los ancianos, los niños, los discapacitados y en ocasiones, las mujeres. Las políticas familiares son fundamentalmente competencia estatal, pues la protección de la familia se articula desde el derecho interno de los Estados, que recoge las disposiciones en la materia de las distintas instancias internacionales. Y en el plano internacional, es en el seno de las organizaciones internacionales, como medio de cooperación institucionalizada y permanente de los Estados, donde se canalizan los esfuerzos para promover la estabilidad del núcleo familiar y garantizar su desarrollo en armonía.

## **B. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LA VIDA FAMILIAR EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL**

Por todo lo anterior es razonable concluir -como hacen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>9</sup>- que en el momento actual de evolución de las instituciones hay dos significados de familia: la familia en sentido amplio o familia-linaje, que comprende a las personas ligadas entre sí por el vínculo de parentesco del que la ley extrae alguna consecuencia jurídica; y la

---

<sup>7</sup> ARRESE IRIONDO, María Nieves. *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*. Bilbao: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2011. pp.26-27.

<sup>8</sup> Nuestra Constitución, en el artículo 39, establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil...* cit. p.32.

familia en sentido estricto o familia nuclear, en la que se incluyen la pareja y los hijos, con las relaciones que entre los elementos del conjunto se pueden dar, esto es, de los componentes de la pareja entre sí, de cada uno de ellos con cada uno de los hijos y de estos entre sí. Cuando en el Derecho moderno se habla de familia, se hace referencia a la familia nuclear y no a la familia extensa, salvo naturalmente que la interpretación obligue a entender otra cosa, y esto ha de tenerse presente en los siguientes apartados.

En la protección de la familia en el ámbito universal destaca la labor realizada por cuatro organizaciones: la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). La primera de ellas, al ser una organización dotada de competencias generales, se refiere a los derechos de la familia desde una perspectiva más general que las otras tres, que sólo protegen a la familia en cuestiones circunscritas al ámbito competencial de cada una de ellas.

Y en el ámbito europeo destacan, en la promoción y protección de los derechos de familia, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Es la labor realizada en el seno del Consejo de Europa a favor de la familia la que es objeto de este capítulo y del siguiente.

Su Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, establece en el artículo 8 lo siguiente:

*«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».*

Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup>, creado por dicho Convenio, acoge bajo su protección -como más adelante veremos- distintos

---

<sup>10</sup> En adelante, TEDH o Tribunal de Estrasburgo.

modelos de familia: desde la familia nuclear (padres e hijos) a la familia más amplia, que incluye relaciones con abuelos, tíos, etc. Y mientras que en la primera el Tribunal entiende que hay vida familiar por el simple parentesco, independientemente de la relación, para que los segundos lazos familiares sean constitutivos de vida familiar hay que tener en cuenta el grado de unión y convivencia, y a veces también la dependencia económica o física, analizando cada caso, pues el Tribunal no ha precisado hasta qué grado los vínculos de parentesco están protegidos por el artículo 8.

La vida familiar se configura, en consecuencia, como un derecho. Es un derecho que está recogido también en otros Tratados Internacionales de Derechos, anteriores y posteriores al Convenio. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948<sup>11</sup>, se dice en el artículo 12 que «*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*» En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>12</sup>, de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 17 se dispone que «*1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*», y en su artículo 23 que «*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado [...]*». Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000<sup>13</sup>, establece en su artículo 7 que «*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*».

De estos reconocimientos, el Convenio de Roma es el más eficaz. Además de declarar los derechos, dispone de un mecanismo jurisdiccional de protección: el mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se configura como órgano de control del cumplimiento por parte de los Estados miembros de los derechos recogidos en el Convenio y, a través de su metódica y evolutiva jurisprudencia, ha ido creando toda una teoría sobre los derechos fundamentales en general y sobre la protección de la familia en particular, basada en la dignidad del ser humano y en el valor de la célula familiar.

<sup>11</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en la Web: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=spn>. [Consulta: 31 de marzo de 2010].

<sup>12</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977. BOE de 30 de abril de 1977.

<sup>13</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2010/C 83/02). Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

Por este motivo, RIPOL CARULLA señala que: *«Esta acción es propia de los tribunales constitucionales y, junto a otros elementos, permite afirmar que el TEDH ha adquirido un papel de órgano cuasiconstitucional en Europa en el campo de los derechos humanos. Este papel no estaba inicialmente recogido en el Convenio de Roma sino que es, como se ha indicado, fruto de la acción llevada a cabo por el Tribunal»*<sup>14</sup>.

El artículo 8 del Convenio está inspirado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Incluso en el primer proyecto del Convenio, el artículo 8 reproducía su contenido que, como ya hemos visto, establece: *«Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques»*.

En la redacción definitiva, la estructura del artículo 8 (al igual que la de los artículos 9 a 11 del Convenio: libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión y libertad de reunión y de asociación) responde a la adopción de la propuesta formulada por Gran Bretaña, que consiste en dividir el artículo en dos párrafos. En el primero se enuncia el derecho: *«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»*. Y en el segundo se establecen las condiciones en virtud de las cuales se permiten restricciones al ejercicio o disfrute del derecho enunciado, siendo destacable por innovadora la cláusula *«medidas necesarias en una sociedad democrática»*, que supone la aplicación del principio de proporcionalidad: *«No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás»*.

Se han suprimido, pues, las referencias a la reputación y al honor y se concretan las condiciones que permitirían las injerencias de los poderes públicos en el ejercicio del derecho, en vez de utilizar como hace el artículo 12 la forma genérica que se limita a prohibir las «injerencias arbitrarias». Y es que en la Declaración Universal de Derechos Humanos se enuncian los derechos en artículos sucesivos y luego se establece una cláusula general

---

<sup>14</sup> RIPOL CARULLA, Santiago. *El sistema europeo de protección de derechos humanos y el Derecho español*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 33.

restrictiva en el artículo 29 párrafo 2: «*En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*». Por su parte, en el Convenio sólo hay una cláusula general: la que establece el artículo 18 destinada a impedir la desviación de poder: «*Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas*».

Siguiendo con el análisis del artículo, vemos que presenta dos particularidades propias con respecto a las demás disposiciones similares del Convenio. La primera se encuentra en el párrafo primero, y consiste en que el derecho se enuncia no como un derecho a la vida privada y familiar, sino como un derecho **al respeto** de la vida privada y familiar. De esta noción de respeto el Tribunal ha extraído importantes consecuencias en relación con la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados miembros. Por ejemplo, en su sentencia de 11 de julio de 2002, caso *Christine Goodwin* contra el Reino Unido -donde resuelve la cuestión de si el Estado demandado ha incumplido o no su obligación positiva de garantizar a la demandante, transexual operada, el derecho al respeto de su vida privada al no reconocer en el plano jurídico su cambio de sexo-, el Tribunal señala que la noción de respeto, en el sentido del artículo 8, no es clara, sobre todo en las obligaciones positivas inherentes a dicho respeto, porque sus exigencias varían mucho de un caso a otro, vistas las legislaciones de los Estados miembros, la diversidad de las prácticas seguidas y las condiciones existentes en estos, así como el margen de valoración de que disponen las autoridades, quizás mayor que en otras cuestiones dependientes del Convenio. Para determinar si existe una obligación positiva, hay que tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre el interés general y el del individuo.

La segunda particularidad es el establecimiento de una causa legítima de restricción que no opera como tal en los otros derechos del mismo tipo: el «*bienestar económico del país*». Se trata de una causa que propuso en el trámite de adopción del Convenio la delegación británica y que fue adoptada con el objetivo de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera y de control de cambios<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> LEZERTÚA, Manuel, letrado del Consejo de Europa, en su trabajo sobre el “Derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996) dice que este objetivo legítimo de una restricción no figuraba en el texto remitido por el Comité de Altos Funcionarios que dio los últimos

Por otro lado, la configuración del contenido de este derecho es realizada -más adelante lo desarrollo- por los órganos de control del cumplimiento del Convenio, esto es, la Comisión al principio, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos después; es el resultado, por una parte, de una interpretación extensiva, que es como el Tribunal entiende que deben ser interpretados los derechos y, por otra, de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional: los Estados disfrutaban de un cierto «margen de apreciación» para determinar si las diferencias entre unas situaciones y otras en cierto modo análogas justifican las diferencias entre sus respectivos regímenes jurídicos y en qué medida la extensión de tal margen varía según las circunstancias, las materias y el contexto (sentencia de 28 de mayo de 1985. Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* contra Reino Unido).

La interpretación extensiva es fruto de la aplicación del principio de la protección efectiva de los derechos, pues como dice el Tribunal «*el fin del convenio consiste en proteger derechos no teóricos e ilusorios sino concretos y efectivos*»<sup>16</sup>. Y es que, como señala GARCÍA ROCA<sup>17</sup>, es conveniente una interpretación antiformalista, en general de los derechos fundamentales, y, en particular, de los protegidos por el Convenio. Es necesario proceder «*con una lógica material o realista, y no formal o rigorista ni siquiera estricta. Unas garantías con una textura abierta como son los derechos, en los que los supuestos de hechos –el caso- se introducen en la norma reconocedora, no permiten contentarse con un entendimiento más tradicional, literal o ritual*».

En la doctrina del margen de apreciación nacional se apoya la línea mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, pese a ser una doctrina controvertida: no tiene base legal en el preámbulo o en las disposiciones del Convenio, pero encuentra su justificación en la disparidad cultural de las diversas comunidades nacionales y en la libertad de elección de los medios adecuados para el obligado cumplimiento de las sentencias.

---

retoques al tratado, antes de ser sometido, para su adopción, al Comité de Ministros. Fue en el propio trámite de la adopción del Convenio cuando la delegación británica propuso la enmienda de añadir «*el bienestar económico del país*» a la lista de finalidades susceptibles de legitimar una injerencia en el derecho protegido, que fue aceptada, con el objetivo, principalmente, de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera y de control de cambios.

<sup>16</sup> Sentencia de 13 de mayo de 1980, Caso *Ártico* contra Italia. Demanda núm. 6694/1947.

<sup>17</sup> GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo. (Coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p.37

Para PASTOR RIDRUEJO<sup>18</sup>, se trata de una concesión que no parece exorbitante en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos si se tiene en cuenta que la jurisdicción del Tribunal se aplica a Estados democráticos que se supone respetan el principio del imperio de la ley. Así, si la definición convencional de un derecho ofrece espacios de indefinición, y para colmarlos en un caso concreto no existe consenso o posición común entre los Estados partes en el sistema, el Tribunal concede a los Estados un margen de apreciación a fin de adoptar la solución adecuada.

La idea básica es, pues, que los Estados partes tengan un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos. Y en ella, subyace la idea de la mejor posición del juez nacional para valorar ciertas cuestiones y resolver los eventuales litigios.

GARCIA ROCA<sup>19</sup> entiende que un cierto margen de apreciación nacional en la regulación y ponderación de los derechos recogidos en el Convenio es necesario porque refleja una evidente realidad: el fuerte pluralismo territorial de los pueblos europeos que habitan en el seno del Consejo de Europa. Además responde a la lógica de que es una protección internacional en cualquier caso subsidiaria de la interna que dispensen los Estados: es cada ordenamiento jurídico interno quien debe otorgar una adecuada tutela de los derechos tanto en la vía judicial como en la constitucional.

Este autor recuerda que se aplica en ciertos temas especialmente sensibles para cada comunidad nacional, bien dada su acusada politicidad o bien ante la decisiva influencia de la diversidad de contextos históricos y culturales de los pueblos europeos que un buen juzgador no puede ignorar. El Tribunal Europeo detiene entonces el análisis de la lesión invocada, en alguna fase del razonamiento según su habitual principio de proporcionalidad y no revisa plenamente la decisión nacional, dándola por conforme al sistema de garantías que emana del Convenio Europeo, entendido este como una garantía de mínimos recogida en un tratado internacional.

Así las cosas, la doctrina del margen permite ponderar realidades sociales nacionales muy diversas. De esta forma, unos análogos supuestos

---

<sup>18</sup> PASTOR RIUDREJO, José Antonio. "La reciente jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos: temas escogidos". Disponible en la Web: [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/.../2007\\_8.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/.../2007_8.pdf). [Consulta: 26 de noviembre de 2013].

<sup>19</sup> GARCIA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Pamplona: Civitas, 2010.

de hecho pueden constituir o no violaciones del Convenio en función de esas diferentes y concretas realidades sociales.

La práctica totalidad de los autores estiman que los artículos 8 a 11 del Convenio, por la relevancia de sus apartados segundos, son un territorio habitual en la jurisprudencia para expandir la aplicación del margen de apreciación nacional.

En el caso de alegación del artículo 8 del Convenio, el Tribunal se ha pronunciado de la siguiente manera:

a) En su análisis de derecho comparado admite que existen un cierto número de países del Consejo de Europa que reconocen las formas tradicionales de matrimonio junto a formas estables de vida en común como son las uniones de hecho, pero concluye de diferente forma en los casos siguientes.

En el caso *Serif Yigit* contra Turquía (sentencia de 20 de marzo de 2008) se analiza la negación a la demandante del derecho a la pensión de viudedad y orfandad derivada del fallecimiento del compañero y padre de sus hijos, con el que únicamente había contraído matrimonio religioso con base en que la ley nacional turca solo reconocía validez al matrimonio civil. El Tribunal concluye que el hecho de que el derecho turco no reconozca efectos civiles al matrimonio religioso celebrado ante un imán no vulnera sus derechos *porque «de acuerdo con el margen de apreciación de los Estados miembros, la Corte no puede imponerles la obligación de legislar en este dominio»*. Y argumentó que no era irrazonable que el legislador acordara únicamente la protección del matrimonio civil en materia de prestaciones sociales, si la diferencia venía fundada en una justificación objetiva y razonable.

Posteriormente, el Tribunal en el caso *Muñoz Díaz* contra España (sentencia de 8 de diciembre de 2009) dictó la decisión contraria y reconoció el derecho a una pensión de viudedad de una mujer de etnia gitana que había contraído matrimonio solo por el rito de su comunidad, pero tenía seis hijos, libro de familia y su marido había cotizado en la seguridad social durante mas de diecinueve años. El Tribunal estimó violado el artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo 1 al considerar el rechazo de la pensión una medida desproporcionada y ponderó el consenso entre los Estados miembros sobre la necesidad de proteger a las minorías.



b) Se aplica la doctrina del margen de apreciación en el reconocimiento del derecho al divorcio en países en los que no estaba admitido, como el caso Johnston contra Irlanda (sentencia de 18 de diciembre de 1986), pues el artículo 12 del Convenio incluye las relaciones maritales, pero no su disolución.

c) El Tribunal no aplica la doctrina del margen en el caso de matrimonios transexuales, pues reconoce el derecho de estos a contraer matrimonio, una libertad muy controvertida para la opinión pública de muchos países de Europa de mayoría católica. En los casos Goodwin e I contra Reino Unido, ambos de 11 de julio de 2002, se afirma que la inhabilidad de una pareja para concebir no puede ser vista como algo que elimine el derecho a disfrutar del derecho a contraer matrimonio. Y se dice que deben tenerse en cuenta los importantes cambios operados en el terreno de la medicina y de la ciencia y en el reconocimiento más amplio operado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, artículo 9, que no especifica el matrimonio como una unión exclusivamente entre hombre y mujer.

En definitiva, el margen de apreciación nacional es un criterio frecuente de decisión de los casos por el Tribunal cuyo uso produce una sensación de inseguridad jurídica y de imprevisibilidad del resultado que ponen de manifiesto, como dice GARCIA ROCA<sup>20</sup>, un exceso de discrecionalidad en la decisión judicial europea. Es un criterio de decisión no reglado, flexible, pragmático y de aplicación irregular, por lo que resulta difícil su sistematización doctrinal.

El Tribunal Europeo respeta a veces con prudencia una discrecionalidad nacional, pero no se percibe con claridad el motivo por el cual deba acatarse la solución nacional en supuestos de hecho como la investigación de la paternidad, el velo religioso, el divorcio y no en otros casos no menos controvertidos y complejos como el matrimonio de los transexuales o las serias limitaciones a la expulsión de los extranjeros. La respuesta hay que buscarla en el fondo de cada caso concreto. Por ello, como sigue diciendo GARCIA ROCA, *«el margen es un criterio judicial de justificación de ciertos casos más que una doctrina o un principio»*. Supone una ponderación realista y prudente de -continúa el autor- : *«la esencialidad del derecho, las circunstancias políticas e históricas de cada país, las sensibilidades nacionales ante ciertas regulaciones, el grado de asentamiento del Estado constitucional, la naturaleza del derecho y la gravedad de la lesión que la víctima aduce, el sólido fundamento que*

<sup>20</sup> GARCIA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Pamplona: Civitas, 2010.

*entraña una base normativa común o por contrario, las habituales serias diferencias en las regulaciones internas de los Estados, las obligaciones positivas que quepa imponer a esos Estados en cada momento, etc.»*

Por todo ello este autor entiende -y también la mayoría de la doctrina científica- que debe buscarse una mayor sistematización, generalidad o abstracción en la construcción jurisprudencial y aplicación del margen, para hacerlo predecible y para poder formular una regla o un verdadero principio interpretativo.

Volviendo a la configuración del contenido del derecho a la vida familiar por el Tribunal Europeo, además de la interpretación extensiva de los derechos y de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, el Tribunal acude al principio democrático para fundamentar sus decisiones y según este principio es necesario interpretar los derechos con una lógica y un espíritu destinados a salvaguardar los ideales, valores y libertades de una sociedad democrática.

A todo lo anterior se une lo que el Tribunal ha afirmado sobre el Convenio: es un *«instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales»*<sup>21</sup>, por lo que puede hablarse de una interpretación evolutiva y sociológica, en el sentido de que las normas se interpretan en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas<sup>22</sup>.

### **C. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR**

El derecho a la vida familiar cobra especial relevancia en relación con los extranjeros. Algunos, al abandonar sus países de origen, dejan una familia a la que posteriormente -si las cosas les van bien- procuran reunir con ellos en el país de acogida, y de aquí la importancia de la figura de la reagrupación familiar. Otros crean vínculos familiares propios en los países de acogida y una posterior orden de expulsión puede afectar seriamente a su derecho a la vida familiar.

Conviene en este punto precisar los términos inmigración y extranjería. La inmigración, en su acepción más general, es la acción de llegar los naturales de un determinado país al territorio de otro con la

---

<sup>21</sup> Sentencia, entre otras, de 27 de noviembre de 2003, Caso *Hénaf* contra Francia. Demanda núm. 65436/2001.

<sup>22</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 3 del Código Civil establece que *«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con [...] la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [...]»*.

voluntad de establecerse en él. Esta situación fáctica tiene una dimensión jurídica: el ordenamiento jurídico distingue a las personas físicas atendiendo al grado de vinculación que tengan respecto a un determinado ordenamiento jurídico, y en tal sentido diferencia entre nacionales y extranjeros. Así las cosas, lo que en el mundo de los hechos se define como inmigrante, en la dimensión jurídica se define conceptualmente como extranjero. Y el concepto jurídico de extranjero se construye siguiendo un criterio negativo, esto es, por contraposición al de nacional o persona titular de una determinada nacionalidad, que es un término que fijan las distintas legislaciones de los Estados.

Y también conviene recordar que los países de la Unión Europea son miembros del Consejo de Europa, es más, ningún país se ha adherido nunca a la Unión Europea sin pertenecer antes al Consejo de Europa. De esta forma, el régimen de «extranjería» sólo abarca a aquellos que no son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o asimilados a ellos en función de algún Convenio internacional, como los nacionales de alguno de los Estados que integran el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante AEEE): Unión Europea, Islandia, Liechtenstein y Noruega, de forma que hay diferentes estatutos o grados de extranjería.

## 1. LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS CON BASE EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio protege a los extranjeros en cuanto parte de la universalidad de los derechos humanos. En su artículo 1 extiende su protección a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado miembro, y esta declaración, unida a la contenida en el artículo 14 relativa a la prohibición de toda discriminación en el goce de los derechos y libertades protegidos por el Convenio basada en el origen nacional, permite concluir que salvo en lo relativo a los derechos civiles y políticos vinculados directamente con la nacionalidad, los extranjeros se benefician de los mismos derechos que los nacionales de un Estado parte.

Según se ha aplicado y se aplica el Convenio, son varios los artículos de especial relevancia en materia de extranjeros.

En el Protocolo 4, el artículo 2, párrafo 1 contempla el derecho a la libre circulación y a escoger libremente la residencia de todas las personas y, por lo tanto, también de los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado parte, siendo la regulación de la entrada y residencia de los extranjeros competencia exclusiva de cada Estado.

Por otro lado, el artículo 3 prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. La defensa de la dignidad humana frente a la tortura y a los malos tratos ha llevado a los órganos de control del Convenio a extender en determinadas circunstancias el amparo derivado del artículo 3 a la expulsión de extranjeros.

Además, al igual que los nacionales, los extranjeros disfrutarán de los derechos y garantías que el Convenio recoge en sus artículos 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 6 (derecho a un proceso equitativo). En particular, tienen derecho a ser informados en una lengua que entiendan de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ellos y a ser asistidos gratuitamente por un intérprete si no comprenden o no hablan la lengua empleada en la audiencia.

Los órganos de control del Convenio -antes la Comisión, ahora el Tribunal Europeo- han desarrollado en materia de extranjeros, mediante una interpretación dinámica de los anteriores artículos, una jurisprudencia inspirada en los valores humanitarios que prevalecen en los países firmantes del Convenio, que algún autor, como QUESADA POLO<sup>23</sup>, califica como valiente. Jurisprudencia que resulta importante si tenemos en cuenta que el Convenio no garantiza el derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado parte del cual no se ostenta la nacionalidad, ni el derecho a no ser expulsado. Tampoco figura este último derecho -a no ser expulsado- entre los derechos y libertades proclamados en los Protocolos adicionales al Convenio con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo núm. 4<sup>24</sup>, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Además, el artículo 1 del Protocolo núm. 7<sup>25</sup> enuncia una serie de garantías de tipo procesal aplicables en el supuesto de expulsión de emigrantes que residan legalmente en el Estado parte.

La protección dispensada en materia de expulsión de extranjeros por el artículo 8 tiene presente otras disposiciones del Convenio, como, por ejemplo, el artículo 12, que proclama el derecho de todo hombre y toda mujer a casarse y fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho a partir de la edad núbil. Algunos demandantes se quejan de que la expulsión de un Estado parte o el rechazo a una solicitud de entrada constituye violación del artículo 12, considerado aisladamente o

---

<sup>23</sup> QUESADA POLO, Santiago (letrado de la Comisión Europea de Derechos Humanos). “La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

<sup>24</sup> El Protocolo número 4 al Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE de 13 de octubre de 2009.

<sup>25</sup> El Protocolo número 7 al Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009.

en combinación con el artículo 8 del Convenio. Anticipo que, en el caso de expulsión de un extranjero, se estima que no ha habido violación del artículo 12 si el cónyuge puede acompañarle.

No hay duda de que la protección del derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros es una de las cuestiones más relevantes de la política migratoria internacional, que se orienta a la máxima integración posible del extranjero en el país de acogida. Conseguir que el extranjero disfrute de su vida familiar en el país de acogida es un objetivo que tiene reflejo en las medidas adoptadas por las legislaciones nacionales, especialmente en materia de entrada, estancia y expulsión de extranjeros, competencia exclusiva de cada Estado parte.

Estas medidas tratan de conseguir un equilibrio entre la defensa de la soberanía del Estado en cuanto al control sobre las fronteras estatales y el derecho del extranjero a disfrutar de su vida familiar. Junto a ellas pueden adoptarse otras en los órdenes, por ejemplo, sociológico, jurídico, laboral, económico, de las ciencias de la salud, pues el fenómeno de la migración es, como fenómeno humano, un problema complejo con incidencia en todos los órdenes, que además, por su creciente dimensión, debe ser debidamente encauzado para evitar una desestabilización social en los países de acogida.

De aquí la importancia de la protección del derecho a la propiedad y de los derechos socio-económicos pues aseguran a la persona su bienestar así como una vida con dignidad. Derechos como el acceso a la vivienda, la protección social, la asistencia sanitaria, la seguridad y salubridad en el trabajo o el derecho a un salario digno que asegure al trabajador y a su familia medios de vida suficientes tienen una gran importancia para lograr la seguridad y tranquilidad de una persona, y el bienestar familiar.

A través del Convenio se recogen expresamente una serie de derechos socio-económicos que protegen a la familia. Pero también, el Tribunal se ha referido a derechos de esta clase que no estaban expresamente protegidos por el Convenio, pero sí eran conexos con aquellos, como el derecho a una vivienda y a una vida dignas o el derecho al respeto de la propiedad familiar, que el Tribunal ha tratado desde el concepto de vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio.

La protección a la propiedad se recoge en el párrafo primero del artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio<sup>26</sup>, que dispone que «*Toda*

<sup>26</sup> Hecho en París, el 20 de marzo de 1952 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el B.O.E. de 12 de enero de 1991.

*persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su libertad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional [...]».*

Nada impide que este artículo sea aplicable también a las familias, sobre todo por la importancia que tiene, para el respeto efectivo de los derechos de una familia, el que se eviten abusos o atentados contra sus bienes y patrimonio. Y así lo ha entendido el Tribunal Europeo en los casos que ha tenido ocasión de conocer, que tienen como único demandado a Turquía y que evidencian la falta de respeto que merecen los bienes de las familias kurdas, e incluso sus hogares, para el Estado turco.

Los casos Mentes y otros contra Turquía, de 28 de noviembre de 1997, Seluk y Asker contra Turquía, de 24 de abril de 1998, Gündem contra Turquía, de 25 de mayo de 1998 y Ayder y otros contra Turquía, de 8 de enero de 2004 tienen los mismos antecedentes: la llegada del Ejército a pueblos sospechosos de albergar a familias simpatizantes de la causa kurda. Los militares, actuando con violencia sobre las personas y las cosas, expulsan de su casa a los moradores y requisan los bienes del interior de los hogares. Después, prenden fuego a las viviendas e impiden que las familias sofoquen el incendio y cuando han comprobado que las casas quedan reducidas a escombros, abandonan el lugar. Estos casos, sin ninguna duda, atentan contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero también se ve afectado el derecho de propiedad de las familias kurdas, que tienen que ver impotentes como pierden sus hogares y sus enseres personales. Todo ello obedece a una estrategia destinada a amedrentar a los kurdos y a forzar su salida de los pueblos turcos. En estos casos el Tribunal ha considerado violado el mencionado artículo 1 del Protocolo 1 por destrucción de propiedades, pero no hay duda que afecta también a la vida familiar pues se destruye el espacio físico donde la misma puede desarrollarse.

En otro caso, Ahmet Ozkan y otros también contra Turquía (sentencia de 6 de abril de 2004), los hechos fueron similares a los anteriores pero más graves ya que en el ataque murieron dos niños. El Tribunal declaró violado el artículo 2 del Convenio (derecho a la vida) por la responsabilidad de la privación de la vida de un modo arbitrario, y también consideró -por encima de la destrucción de bienes- que se había vulnerado la inviolabilidad del domicilio y el derecho al respeto de la vida familiar recogidos en el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal también ha reconocido violación del derecho de una familia al respeto de sus posesiones en el caso Vasilescu contra Rumania (sentencia de 20 de mayo de 1998). En él, una familia reclama al Estado la devolución de unos bienes -joyas de gran valor económico y sentimental que habían pertenecido a la familia durante generaciones- que fueron confiscados durante el régimen comunista por la milicia rumana sin el oportuno mandamiento judicial y que estaban depositados en el banco nacional. Tras la negativa del Estado, la familia acude al Tribunal Europeo que estimó que no había ninguna razón para que el Estado siguiera reteniendo esos bienes -no había duda de la titularidad y no se trataba de un control sobre el uso de los bienes permitido por el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio<sup>27</sup>- y que debían devolverse las joyas a sus legítimos propietarios.

En este ámbito de protección de los extranjeros destaca, con naturaleza de convenio, la Carta Social Europea de 1961<sup>28</sup>, como instrumento para mejorar la protección de los derechos sociales y económicos (denominados derechos de segunda generación) en los países miembros del Consejo de Europa, que complementa a los derechos civiles y políticos (derechos de primera generación) que se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Carta Social Europea ha sido completada por varios protocolos, de los que solo el primero, firmado en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988, amplía el catálogo de derechos protegidos. El 3 de mayo de 1996, la Carta Social Europea y este protocolo fueron sistematizados y unidos en un documento único: la Carta social Europea Revisada<sup>29</sup>, que protege derechos que afectan sin duda al entorno familiar:

- El derecho de toda persona a ganarse la vida en una ocupación elegida libremente (artículo 1).
- El derecho de los trabajadores a condiciones justas de trabajo (artículo 2).
- El derecho a la seguridad y a la higiene en las condiciones de trabajo (artículo 3).

---

<sup>27</sup> Dicho artículo dice: «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

*Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».*

<sup>28</sup> Hecho en Turín, el 18 de octubre de 1961.

<sup>29</sup> Hecho en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996.

- El derecho de los trabajadores a una remuneración justa y suficiente que garantice un nivel de vida digno a él y su familia (artículo 4).
- El derecho de los niños y jóvenes a una protección especial frente a los riesgos morales y físicos a los que estén expuestos (artículo 7).
- El derecho de la mujer a una protección especial en caso de maternidad (artículo 8).
- El derecho al acceso a la formación profesional (artículo 9).
- El derecho a gozar del más alto nivel de salud posible (artículo 11).
- El derecho de todo trabajador y su familia a la seguridad social (artículo 12).
- El derecho de todos a la asistencia social y médica (artículo 13).
- El derecho a beneficiarse de medidas y servicios sociales (artículo 14).
- El derecho de los discapacitados a su independencia, integración social y a la participación en la vida de la comunidad (artículo 15).
- El derecho de la familia, como célula fundamental de la sociedad, a una protección económica, social y legal apropiada que asegure su pleno desarrollo (artículo 16).
- El derecho de los niños y jóvenes a una protección económica, social y legal apropiada (artículo 17).
- El derecho de los trabajadores migrantes de un Estado parte en el convenio y sus familias a protección y asistencia en el territorio de otro Estado parte (artículo 19).
- El derecho de todos los trabajadores a la igualdad de oportunidades en asuntos de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo (artículo 20).
- El derecho de los mayores a la protección social (artículo 23).
- El derecho de los trabajadores a la protección en caso de desempleo (artículo 24).
- El derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26).
- El derecho de las personas con cargas familiares a un trabajo sin condiciones discriminatorias y, hasta donde sea posible, sin conflicto entre el empleo y sus responsabilidades familiares (artículo 27).
- El derecho de todos a la protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30) y,
- El derecho de todos a la vivienda (artículo 31).



Hay que destacar que esta Carta -que recoge únicamente derechos de carácter social y económico- no establece un sistema de protección jurisdiccional comparable al del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que solo permite la presentación de reclamaciones colectivas (ni demandas judiciales ni siquiera reclamaciones particulares). Este sistema de protección responde a la concepción tradicional de los derechos fundamentales: solo los derechos de primera generación -los civiles y políticos- o de disfrute individual son susceptibles de ser llevados ante los Tribunales. Los derechos de segunda generación -sociales y económicos-, muchos de ellos de disfrute colectivo, no son ejercitables ante los tribunales, y constituyen más bien principios que rigen la actividad económica. Además, para proteger los primeros normalmente basta con la abstención del Estado, mientras que para proteger los segundos se requiere un comportamiento activo del Estado que haga efectivo el derecho de que se trate, como por ejemplo, el derecho a la seguridad social.

Así las cosas, sólo si un derecho socio-económico está incluido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o sus Protocolos o está vinculado a otro derecho civil o político incluido en el mencionado Convenio y suscita un litigio (por ejemplo en conexión con una discriminación por razón de sexo o con el respeto a la vida familiar), puede ser examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y esta es la razón por la que este Tribunal ha tenido muy pocas oportunidades de pronunciarse sobre los denominados derechos de segunda generación.

Una de ellas es el caso Van Raalte contra Países Bajos (sentencia de 21 de febrero de 1997). El demandante es un ciudadano holandés mayor de cincuenta años, soltero y sin hijos que se negó a pagar un impuesto que exigía la ley de ayudas familiares, por la que cualquier trabajador debía aportar un porcentaje sobre su sueldo en concepto de prima para el sostenimiento de las familias aunque no tuviera familia. Solo estaban exoneradas del pago de este impuesto las mujeres mayores de cuarenta y cinco años. Para el señor *Van Raalte*, esta ley era discriminatoria respecto a los varones. Así lo entendió también el Tribunal Europeo, que no consideró asumible la razón aducida por el gobierno holandés para justificar la diferencia de trato: la escasa posibilidad de que una mujer de cuarenta y cinco años dé a luz y sea beneficiaria de estas ayudas en contraposición a la mayor posibilidad que tiene el varón mayor de cuarenta y cinco años de formar aún una familia. Para el Tribunal la obligación de cotizar no se

podía hacer depender de un derecho potencial a recibir dicha ayuda, por lo que el objetivo de la exención no justificaba un trato diferenciado.

Otro caso es el de Petrovic contra Austria (sentencia de 27 de marzo de 1998), que se refiere también a una demanda basada en discriminación por razón de sexo, pero que no prosperó. Austria fue un país pionero en otorgar subvenciones a las madres que temporalmente abandonaban sus empleos para cuidar a sus hijos. El señor *Petrovic* quiso ser él en lugar de su compañera quien obtuviera el beneficio para cuidar a su hijo y consideró la negativa de las autoridades austriacas como un acto discriminatorio por ser varón. Llevó el asunto ante el Tribunal Europeo alegando que dicha negativa vulneraba el derecho al respeto de su vida familiar del artículo 8 y el derecho a la igualdad de trato del artículo 14. El Tribunal reconoció que la negativa a permitir que fuera el padre quien asumiera la excedencia para cuidar al hijo afectaba a la vida familiar porque condicionaba la organización del entorno familiar y reducía el margen de elección de la pareja pero que ello no es razón suficiente para decir que la intromisión del Estado en la materia era injustificada o desproporcionada. Valoraba muy positivamente que fuera la legislación austriaca una de las primeras en establecer una ayuda financiera para atender a los hijos y teniendo en cuenta que la evolución social tendía a una mayor equiparación entre hombre y mujer, el gobierno iría introduciendo cambios legislativos de forma gradual.

## 2. LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO COMUNITARIO

El régimen comunitario respecto de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (y miembros del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) está integrado por la titularidad directa del derecho a la libre circulación de personas y por la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Ahora bien, para los nacionales de terceros países, el Estatuto no es uniforme, debiendo distinguirse entre los que son familiares de comunitarios y los que no tienen esa condición.

### 2.1. Nacionales de terceros países familiares de comunitarios

Con la finalidad de no restringir la libertad de los comunitarios y de proteger su vida familiar, se ha extendido el ámbito de aplicación de la libre circulación de personas a sus familiares, que pasan a ser titulares de un derecho derivado.

La Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, concede a cualquier nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que acompaña o se reúne con este en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que tiene la nacionalidad, derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida, independientemente de que ese nacional de un Estado tercero ya haya residido legalmente o no en otro Estado miembro.

Del examen de la misma cabe concluir, como hizo el Tribunal de Justicia en su sentencia de 25 de julio de 2008 (asunto 127/2008), lo siguiente:

a) La Directiva 2004/38 tiene por objeto facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el Tratado confiere directamente a los ciudadanos de la Unión.

b) Para que pueda ejercitarse en condiciones objetivas de dignidad, el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros debe ser reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad.

c) Se entiende por miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, en el sentido del artículo 2, punto 2 de la Directiva 2004/30:

1. El cónyuge.
2. La pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en su legislación.
3. Los descendientes directos menores de 21 años o a su cargo y los del cónyuge o de la pareja antes definida.
4. Los ascendientes directos a su cargo y los del cónyuge o pareja.

d) Ninguna disposición exige que el ciudadano de la Unión haya fundado ya una familia en el momento en que se traslada al Estado miembro de acogida para que los miembros de su familia, nacionales de un país tercero, puedan disfrutar de los derechos establecidos por dicha Directiva. Al establecer que los miembros de la familia del ciudadano de la Unión pueden reunirse con él en el Estado miembro de acogida, el legislador comunitario admite la posibilidad de que el ciudadano de la Unión no funde una familia hasta después de haber ejercido su derecho de circulación. Esta interpretación se ajusta a la finalidad de la Directiva 2004/38 que, como se ha dicho, tiene por objeto facilitar el ejercicio del derecho fundamental de residencia de los ciudadanos de la Unión en un Estado miembro distinto de aquel del que tienen la nacionalidad. Pues, si un ciudadano de la Unión funda una familia después de haberse establecido en el Estado miembro de acogida, la negativa de este Estado a autorizar que los miembros de su familia, nacionales de un tercer país, se reúnan con él podría disuadirle de continuar residiendo allí y llevarle a abandonar ese país para poder llevar una vida familiar en otro Estado miembro o en un país tercero.

En definitiva, la Directiva 2004/38 reconoce a los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, el derecho de reunirse con ese ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida, con independencia de que dicho ciudadano se haya establecido antes o después de haber fundado una familia.

e) Por la misma necesidad de no interpretar las disposiciones de la Directiva 2004/38 de manera restrictiva y de privarles de su efecto útil, debe interpretarse que los términos «*miembros de su familia [...] que le acompañen o se reúnan con él*» (artículo 3.1) hace referencia al mismo tiempo a:

- los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que entraron con este en el Estado miembro de acogida y,
- aquellos que residen con él en ese Estado miembro, sin que sea necesario distinguir en función de que los nacionales de un país tercero hayan entrado en dicho Estado miembro antes o después que el ciudadano de la Unión, o antes o después de que se hayan convertido en miembros de su familia.

f) El legislador comunitario es competente para regular la entrada y residencia de los nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro en el que este haya ejercido su derecho a la libre circulación, incluso cuando los miembros de la familia no residan ya legalmente en otro Estado miembro.

g) La Directiva no priva a los Estados miembros de todo poder de control sobre la entrada en su territorio de los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión, pues, cuando esté justificado, pueden denegar -en un examen individual de cada caso- la entrada y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

h) En caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia, los Estados miembros pueden adoptar las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por esta Directiva, siempre que estas medidas sean proporcionadas y estén sujetas a garantías procesales.

También el Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, establece que para poder ejercitarlo en condiciones objetivas de libertad y dignidad, el derecho de libre circulación exige que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, sobre todo en lo referente a las condiciones de integración de la familia del trabajador en el país de acogida.

## 2.2. Nacionales de terceros países no familiares de comunitarios

Y por lo que atañe a los nacionales de terceros Estados no familiares de comunitarios, el Derecho comunitario apenas se ha ocupado de ellos. No son titulares del derecho a circular libremente y a residir en los Estados miembros. Desde el Consejo de Tampere<sup>30</sup> se tiende a una política de integración más decidida que debería encaminarse a conceder a los extranjeros derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos de la Unión. Por su parte, el Tratado de Ámsterdam (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) recoge como uno de sus objetivos el mantener y desarrollar en la Unión Europea un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la

---

<sup>30</sup> El Consejo Europeo, en sesión extraordinaria celebrada en la ciudad finlandesa de Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999, examinó las políticas de asilo e inmigración asumidas por la Unión Europea y reafirmó su voluntad de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia. Con este objetivo, entiende necesario que una política europea común en materia de asilo y de migración contemple paralelamente un trato equitativo para los nacionales de terceros países y una mejor gestión de los flujos migratorios.

inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia. Y para lograrlo, pese al reconocimiento de la competencia exclusiva de los Estados en materia de extranjeros, se han adoptado, entre otras, las siguientes disposiciones:

- La Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2002, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
- La Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen<sup>31</sup> de 14 de junio de 1985. Tras la supresión de las fronteras interiores como parte del objetivo comunitario del mercado interior, surgió la necesidad de elaborar una normativa sobre el cruce de las fronteras exteriores del territorio comunitario, por lo que este Convenio es aplicable tanto a los comunitarios y sus familiares como a los nacionales de terceros Estados, estableciendo una reglas específicas para los extranjeros, entendiendo que lo son las personas que no sean nacionales de un Estado miembro de las Comunidades Europeas.
- El Reglamento (CE) núm. 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002<sup>32</sup>, por el que se establece un modelo uniforme de permisos de residencia para nacionales de terceros países, con la finalidad de armonizar los modelos nacionales introduciendo técnicas de seguridad que eviten imitaciones y falsificaciones. Este reglamento no se aplicará a los nacionales de terceros países que sean miembros de las familias de los ciudadanos de la Unión que ejerciten el derecho a la libre circulación, ni a los nacionales de Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio que sean parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y miembros de su familia que ejerciten su derecho a la libre circulación de conformidad con este acuerdo.

### 3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

---

<sup>31</sup> Forman parte del territorio Schengen, los Estados comunitarios excepto Reino Unido y Suecia y, además, Noruega e Islandia.

<sup>32</sup> Modificado por el Reglamento (CE) núm. 380/2008 del Consejo, de 18 de abril de 2008.

La reagrupación familiar supone la entrada y residencia en un Estado miembro de la familia de un nacional de un tercer país que reside legalmente en dicho Estado con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante.

Para que el extranjero disfrute de su vida familiar es necesario que el derecho a la reagrupación familiar sea un derecho efectivo. La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003<sup>33</sup>, sobre el derecho a la reagrupación familiar declara que *«con el fin de garantizar la protección de la familia, así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar, es importante fijar, según criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar»*.

Existe pues un verdadero derecho subjetivo a la reagrupación familiar, si bien su ejercicio queda sometido a ciertas reglas. No se trata, por lo tanto, de un privilegio, sino de un derecho de quienes, siendo nacionales de un tercer país, residen legalmente en el territorio de un Estado miembro de acogida. Como hace notar CASADEVALL<sup>34</sup>, *«El Convenio, como ya se ha apuntado, no garantiza a los extranjeros el derecho de entrada ni de estancia en el territorio de un Estado, ni el derecho a no ser expulsado. Los Estados disponen de un amplio margen de apreciación...Sin embargo, ... la aplicación del artículo 8, sobre todo en su vertiente relativa a la vida familiar, ha experimentado una evolución encaminada a restringir la rigidez de determinadas legislaciones nacionales o prácticas administrativas en los Estados miembros»*.

También la Unión Europea nos sitúa ante las obligaciones positivas de los Estados en cuanto al derecho al reagrupamiento familiar. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de marzo de 2010 (asunto C-578/08) recuerda cómo la Directiva *«impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional»*. Para el Tribunal, la autorización de reagrupación familiar es la regla general, de modo que las condiciones previstas en la Directiva deben interpretarse de manera restringida y el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede

---

<sup>33</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Diario Oficial de la Unión Europea 3.10.2003 L251/13.

<sup>34</sup> CASADEVALL, Josep. *El convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. pp. 343-344.

utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar.

Así las cosas, las medidas sobre reagrupación familiar establecidas por las legislaciones de los países miembros de la Unión Europea deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar y con base en las siguientes condiciones fijadas por la Directiva:

1.<sup>a</sup> La titularidad del derecho a solicitar la reagrupación familiar se reconoce a los nacionales de terceros países que sean titulares de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un periodo de validez superior o igual a un año y tengan una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. Los Estados miembros pueden requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia.

2.<sup>a</sup> La reagrupación familiar se aplica en todo caso a los miembros de la familia nuclear. Los Estados miembros autorizarán la entrada y residencia de:

- a) El cónyuge del reagrupante.
- b) Los hijos menores de edad de éste y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos.
- c) Los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo (si se trata de hijos cuya custodia se comparte, es necesario el consentimiento del otro titular del derecho).
- d) Los hijos menores, incluidos los adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. (Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparte siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento).

Los hijos menores citados deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro de acogida y no estar casados.



3.<sup>a</sup> Además del cónyuge y los hijos menores, los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia de los siguientes miembros de la familia:

- a) Los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en su país de origen.
- b) Los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

4.<sup>a</sup> También por vía legislativa o reglamentaria, los Estados miembros podrán autorizar la entrada y la residencia de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, así como los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, y los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

5.<sup>a</sup> En caso de matrimonio poligámico, permitido a los musulmanes, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, no se autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge. Esta medida restrictiva se justifica en el respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente los relativos a los derechos de las mujeres y los niños.

6.<sup>a</sup> Los Estados miembros pueden denegar una solicitud de entrada y de residencia de los miembros de la familia o retirar un permiso de residencia o denegar su renovación por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública.

7.<sup>a</sup> Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el país de acogida puede requerir que se acredite que el reagrupante dispone de una vivienda adecuada; de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y para su familia; y de recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y la de los miembros de su familia.

8.<sup>a</sup> Aceptada la solicitud de reagrupación, se autoriza la entrada del miembro o miembros de la familia y se expedirá un primer permiso de residencia de una duración mínima de un año, que será renovable. (La duración de los permisos de residencia concedidos a los miembros de la familia no superará, en principio, la fecha de caducidad del permiso de residencia que posea el reagrupante).

9.<sup>a</sup> De conformidad con el estatuto de la familia reagrupada<sup>35</sup>, los miembros de la familia del reagrupante tendrán derecho:

- Al acceso a la educación.
- A incorporarse al mercado de trabajo.
- A la orientación, formación, perfeccionamiento y reciclaje profesionales.
- A la asistencia sanitaria básica y las prestaciones sociales del sistema de seguridad social del país de acogida, si el reagrupante está incluido en el mismo.

10.<sup>a</sup> Los cónyuges o parejas y los hijos que hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho a un permiso de residencia autónomo, independiente del permiso de reagrupante, a más tardar a los cinco años de residencia desde la reagrupación. Los Estados miembros podrán limitar la concesión del permiso de residencia mencionado al cónyuge o pareja no casada en los casos de ruptura del vínculo familiar.

Todo lo anterior -que los Estados miembros deben aplicar y desarrollar sin ningún tipo de discriminación- configura la reagrupación familiar, necesaria para la vida en familia y para que el derecho establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sea, salvo en determinadas circunstancias, un derecho real y efectivo.

---

<sup>35</sup> Vid., sobre el estatuto de la familia reagrupada, QUIRÓS FONS, Antonio. *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*. Valencia: Tirant, 2008. pp. 409-436.

## **CAPÍTULO II**

### **EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**

#### **A. LA VIDA FAMILIAR EN EL CONVENIO**

Debo comenzar diciendo que no existe un concepto de familia convencionalmente establecido. El Tribunal, y antes la Comisión, en los supuestos de violación del artículo 8 del Convenio ha elaborado una jurisprudencia que, al menos, indica los rasgos esenciales del concepto de familia. Tal concepto responde a la ya indicada «interpretación evolutiva del Convenio», esto es, a la adaptación del Convenio a las condiciones del momento en que ha de aplicarse. Esta interpretación se basa fundamentalmente en tres elementos: la evolución de las mentalidades, el estado de los conocimientos científicos y el estado de las legislaciones de los Estados miembros. Por lo tanto, la ausencia en el Convenio de una definición de familia deja un extenso margen de apreciación para ampliar o restringir el concepto.

Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que a continuación analizo, el concepto de familia en una sociedad moderna es más amplio que el tradicional (pareja heterosexual casada con hijos), pues entiende que determinadas formas de convivencia en las que se crean vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, independientemente de la formalización del vínculo o incluso del sexo de sus componentes, pueden ser consideradas vida familiar y, por tanto, dignas de protección por el Convenio. Así:

1. Para la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la familia puede estar constituida por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o con una relación estable

El matrimonio da lugar a una vida familiar siempre que sea legal y no ficticio<sup>36</sup>. Esta afirmación se hizo en la sentencia del caso Abdulaziz, Cabales y Blakandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, cuando

<sup>36</sup> Vid., sobre la preexistencia de la vida familiar y algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, QUIRÓS FONTS, Antonio. *La familia del extranjero...* .cit., p. 64.

el Tribunal declara que *«sea lo que fuere lo que la palabra “familia” pueda además significar, debe en todo caso incluir la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio»*. También en la sentencia del caso Berrehab contra los Países Bajos, de 21 de junio de 1988, se establece que *«la relación que un matrimonio legal y real crea entre los cónyuges debe calificarse como vida familiar»*.

Tratándose de un matrimonio legal, la noción de vida familiar del artículo 8 supone, en principio, la vida en común de la pareja, ya que el Tribunal entiende que el derecho a fundar una familia contemplado en el artículo 12 del Convenio no se concibe sino unido al derecho a vivir juntos. Por el contrario, si no hay vida común de la pareja, el matrimonio no es suficiente para invocar el artículo 8 del Convenio. Así lo entendió la Comisión en su Decisión sobre la admisibilidad de la demanda 28952/95, caso Vargi contra Suiza, de 28 de febrero de 1996<sup>37</sup>, donde estableció que no podía invocarse la protección del Convenio a pesar de la existencia del vínculo formal del matrimonio, al estar los cónyuges separados de facto y no existir ningún elemento que hiciera pensar que el marido fuera a regresar al domicilio conyugal.

El Convenio también protege la relación de la pareja que cree estar unida por un vínculo matrimonial, a pesar de no existir este realmente. En la citada sentencia del caso *Abdulaziz, Cabales y Blakandali* contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, pese a las dudas suscitadas respecto de la validez del matrimonio de una de las demandantes, el Tribunal entiende que los señores Cabales *«habían celebrado una ceremonia matrimonial y los documentos aportados ante el Tribunal prueban que se creían casados y deseaban sinceramente convivir y llevar una vida familiar normal, como hicieron a continuación. En estas circunstancias, el vínculo así establecido era lo suficientemente estrecho como para determinar la aplicación del artículo 8»*.

La jurisprudencia ha declarado que existe vida familiar no solo en el matrimonio sino también en las uniones de hecho estables y duraderas. Para declararla, el Tribunal valora la convivencia, la duración de la relación y la existencia de hijos comunes, biológicos o no (sentencias *Marckx* contra Bélgica, apartado 31; *Johnston* contra Irlanda, apartado 55; *Keegan* contra Irlanda, apartado 44; *Kroon* contra Países Bajos, apartado 30; X, Y y Z contra Reino Unido, apartado 36; *Elsholz* contra Alemania, apartado 43, entre otras) En todas ellas, el Tribunal entiende necesaria la convivencia para concluir que existe vida familiar, si bien no exige un tiempo mínimo.

---

<sup>37</sup>ARRIAGA IRABURU, Inés. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Pamplona: Eunsa, 2003.

Sin embargo, en la Decisión sobre la admisibilidad de la demanda 8441/78, Saadu contra Alemania de 6 de marzo de 1979<sup>38</sup>, se consideró que la convivencia del demandante con su pareja por un período de seis meses no era constitutiva de «vida familiar» en el sentido del artículo 8 del Convenio.

2. El Tribunal Europeo ha declarado que la familia engloba no sólo la llamada «familia legítima», sino también la «natural»

Así resulta del caso Marckx contra Bélgica (sentencia de 13 de junio de 1979), en que el Tribunal analiza la relación entre una madre soltera y su hijo natural y concluye que siempre está cubierta por el concepto de «vida familiar», pues la familia entre una madre soltera y su hijo se crea -dice- *ipso iure* desde el momento del nacimiento sin necesidad de ningún otro requisito adicional<sup>39</sup>.

En el mencionado caso el Tribunal se muestra totalmente de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Comisión en un punto capital: que el artículo 8 no distingue entre familia legítima y natural. La distinción, por otra parte, no sería compatible con el enunciado del derecho, pues este artículo dispone que «*Toda persona tiene derecho...*», lo cual a su vez debe vincularse al artículo 14, que prohíbe en el ejercicio de los derechos y libertades consagrados por el Convenio cualquier discriminación fundada en el nacimiento. Además, el Tribunal recuerda que el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera a la mujer soltera y a su hijo como una familia más (Resolución de 15 de mayo de 1970 sobre protección social de las madres solteras y sus hijos); interpreta que el artículo 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia natural de igual forma que a la de la familia legítima; y añade que «*cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal. Tal como se concibe en el artículo 8, el respeto a la vida familiar implica concretamente [...] la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la*

---

<sup>38</sup>ARRIAGA IRABURU, Inés. *El derecho a la vida....* cit.

<sup>39</sup>En el momento del pronunciamiento del Tribunal, Bélgica no era parte del Convenio sobre el Estatus Jurídico de los Niños Nacidos Fuera del Matrimonio de 15 de octubre de 1975, cuyo cometido es igualar en derechos a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales, y su legislación exigía a toda madre soltera realizar un acto formal de reconocimiento del menor ante las autoridades, creando además ese acto sólo un vínculo entre madre e hija, pero no con la familia materna, lo que podría afectar al derecho del niño a recibir bienes en testamento o donaciones. Para que el vínculo se crease con toda la familia de la madre, era necesario que ésta adoptase a su propio hijo. Obviamente esta legislación discriminaba a unos hijos y a unas familias en función del nacimiento.

*integración del menor en su familia desde el momento mismo del nacimiento. Es cierto que el Estado puede satisfacer esta necesidad con los medios que juzgue más oportunos, pero en la medida en que ello no se realiza atenta contra el párrafo 1 del artículo 8, sin que siquiera haya lugar a contemplarlos desde la perspectiva del párrafo 2».*

En consecuencia, la existencia de vida familiar es una cuestión de hecho y la noción restringida de familia -padres e hijos menores- se amplía para reconocer la filiación natural que además abarca otros lazos de consanguinidad: *«la vida familiar incluye al menos los vínculos con los parientes próximos, tales como abuelos y nietos, en la medida en que aquellos pueden jugar un importante papel en la vida familiar de estos»* (sentencia citada del caso *Marckx* contra Bélgica).

Sobre esta cuestión, AGUDO ZAMORA<sup>40</sup> nos dice que: *«En opinión de Gimeno Sendra, la traslación de dicha doctrina a los artículos 18.1 y 39.1 de la Constitución ha de llevarnos a la conclusión de que al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, también nuestra Constitución protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional las denominadas “uniones conyugales de hecho”. Ahora bien, difícilmente puede negarse que la concepción del matrimonio como un derecho constitucional supone otorgarle un status del que carecen las uniones de hecho, y, aunque el principio de igualdad limita las diferencias legales entre matrimonio y uniones de hecho, la atención constitucional al matrimonio ampara la existencia de un régimen legal específico de la familia más favorable que el que afecta a las uniones de hecho».*

Ahora bien, en lo que respecta a las relaciones de filiación, aunque el vínculo familiar padres-hijos se crea desde el momento del nacimiento, para el Tribunal la mera paternidad biológica no es suficiente para declarar la existencia de una familia entre un padre y su hijo en determinadas circunstancias. Así lo establece el Tribunal Europeo en el caso Haas contra Holanda (sentencia de 13 de enero de 2004). Se trata de la reclamación de un joven solicitando el acceso a la herencia de su supuesto padre biológico, que acababa de fallecer dejando una considerable fortuna, y el reconocimiento de un vínculo familiar con el finado, con el que nunca convivió y quien nunca le reconoció como hijo. El Tribunal declara que la mera paternidad biológica, si no va unida a otro tipo de indicios de vida familiar, no supone la formación o creación de una familia entre el padre y

---

<sup>40</sup> AGUDO ZAMORA, Miguel J. *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Córdoba: Servicios editoriales de la Universidad de Córdoba, 2001, pp. 113-114.

el hijo: «*un demandante no puede deducir del artículo 8 un derecho a ser reconocido heredero de un fallecido a efectos de herencia. Ciertamente es que, como el Tribunal resolvió en su Sentencia Marckx contra Bélgica (de 13 junio 1979), cuestiones de sucesión intestada entre parientes próximos pueden estar íntimamente relacionadas con la vida familiar [...]. Sin embargo, sería llevar la noción de vida familiar demasiado lejos sostener, en las circunstancias de este caso, que su asunto entra en los límites de esta noción*». El Tribunal indica al joven que se equivoca en su reclamación exigiendo la aplicación del artículo 8 del Convenio, pues debe solicitar una declaración judicial de paternidad y, si es hijo biológico del finado, tendrá acceso a la herencia de su padre independientemente de que formaran o no una familia en vida del causante.

CASADEVALL<sup>41</sup>, citando la sentencia *Marckx* y la sentencia *X.Y. y Z. contra Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, precisa que: «*A efectos de determinar la existencia de vida familiar entre dos o más personas, el TEDH se focaliza más en la realidad social y en el comportamiento cotidiano de los interesados que en la realidad biológica y, en consecuencia, considera que no se impone siempre y necesariamente un vínculo de sangre o genético*». Para el mismo autor<sup>42</sup>, siguiendo la sentencia *K. y T. contra Finlandia*, de 12 de julio de 2001, si existen esos contactos cotidianos, «*cualquier injerencia en el ejercicio de la convivencia, en las relaciones o en el simple contacto entre padres e hijos, constituye un acto contrario al derecho protegido por el artículo 8. No se puede tolerar, salvo que existan motivos imperiosos, que –tras su nacimiento– un hijo sea separado de su madre*».

### 3. Siempre existe vida familiar entre los padres -unidos o no por vínculo matrimonial- y sus hijos menores de edad

- En primer lugar, hay que señalar que el vínculo familiar padres-hijos se crea desde el momento del nacimiento y es independiente del hecho de la cohabitación entre los cónyuges y de la convivencia de los padres con sus hijos.

Así se desprende del caso Gül contra Suiza (sentencia de 19 de febrero de 1996). En este caso, el Tribunal declara que, si bien los progenitores viven en Suiza y uno de sus hijos en Turquía, hay vida familiar entre ellos. El demandante acude al Tribunal Europeo porque entiende que la negativa del gobierno suizo a la reagrupación familiar

<sup>41</sup> CASADEVALL, Josep. *El convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia...*, cit., p. 340.

<sup>42</sup> CASADEVALL, Josep. *El convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia...*, cit., p. 340.

intentada por él en varias ocasiones vulnera su derecho a la vida familiar. Para el gobierno suizo nada impide a los padres reanudar su vida familiar en Turquía y, en cualquier caso, dado el número de años que llevan los padres separados de su hijo no existe en realidad vínculo familiar entre ellos. No comparte esta opinión el Tribunal pues entiende que la noción de familia del artículo 8 implica que el niño fruto de la unión marital se inserta plenamente en esta relación desde el momento y por el solo hecho de su nacimiento, de suerte que el vínculo constitutivo de vida familiar no puede resultar quebrado por acontecimientos posteriores salvo en circunstancias excepcionales. Además en este caso, desde la obtención del permiso de residencia por razones humanitarias en Suiza, el demandante no ha desatendido a su hijo porque ha solicitado en varias ocasiones la autorización para el reagrupamiento familiar acudiendo a todas las instancias y lo ha visitado en numerosas ocasiones en Turquía.

- En segundo lugar, la vida familiar de los padres con los hijos no depende de la existencia de matrimonio entre ellos, y existiendo, no deja de darse en caso de divorcio de los padres respecto a los hijos comunes.

En tal sentido lo declara el Tribunal en el caso Berrehab contra Países Bajos (sentencia de 21 de junio de 1988), al afirmar que en el supuesto de un hijo nacido de un matrimonio legítimo, desde el momento del nacimiento existe entre él y sus padres un nexo equivalente a vida familiar, incluso si sus padres no viven juntos. Pero además, en este asunto concreto, la frecuencia y la regularidad de las visitas entre ellos constituían una prueba de que la vida familiar no se había roto. El caso trata de un extranjero marroquí que se había casado con una holandesa y tuvieron luego una hija. Tras divorciarse, continuó existiendo una relación fluida entre la pareja y entre el padre con la hija y, además éste se comportaba como un padre responsable, pues compartía los gastos de crianza de su hija con la madre. Pero, al no convivir ya con la ciudadana europea, las autoridades holandesas le denegaron la renovación del permiso de residencia y, de forma automática, se le denegó la prolongación de su permiso de trabajo siendo despedido de la empresa en la que prestaba sus servicios. El demandante acudió al Tribunal Europeo por considerar que la expulsión colisionaba frontalmente con su derecho a llevar una vida familiar con su hija. Para las autoridades administrativas del país, como no existía matrimonio ni cohabitación, tampoco existía vida familiar. El Tribunal entendió que la medida de expulsión era totalmente desproporcionada teniendo en cuenta los antecedentes del demandante. Además, la cohabitación no es una condición indispensable para demostrar la existencia de vida familiar. El demandante y su ex esposa habían protagonizado un matrimonio auténtico, fruto del cual nació una niña, que



*ipso iure* entró a formar parte de esa relación familiar, sin que el hecho de que los padres no vivan juntos impida que la relación continúe con la hija. En algún caso puede ocurrir que el divorcio acabe con la vida familiar, pero no necesariamente es así, y en este caso concreto, obviamente no lo es, pues el demandante prestó la atención necesaria a su hija y se ocupó de su educación. Por todo ello, el Tribunal concluye que la expulsión como medida incluida en la política de inmigración de contención y restrictiva del Estado demandado, interfiere en la vida familiar del padre y su hija.

Posteriormente, el Tribunal confirma estos argumentos en el caso *Ciliz contra Holanda* (sentencia de 11 de julio de 2000). Es un supuesto de hecho parecido, pues se trata de un ciudadano de nacionalidad turca que pierde su derecho a vivir en suelo holandés al divorciarse de su esposa, de nacionalidad holandesa, aunque en este caso el padre -según las alegaciones de la madre- no mantenía contacto con su hija. El demandante alegó ante el Tribunal que la medida había violado su derecho a la vida familiar con respecto a su hija. El Tribunal concluye que si bien los contactos entre padre e hija habían disminuido desde el divorcio de los padres -y ello a causa de la falta de armonía y diálogo entre ellos, ya que la niña había quedado bajo la custodia de la madre-, la relación natural entre el padre y la hija no había llegado a romperse, entendiendo que si no se renovaba el permiso de residencia del padre sí podría llegar a romperse. De lo anterior se concluye que hay que ir al caso concreto -es claramente insuficiente la consideración abstracta, dice el Tribunal- para saber si los divorciados tienen vida familiar con respecto a los hijos que se han quedado bajo la custodia del otro progenitor.

- Por último, el Tribunal ha analizado otros casos en los que entiende que las relaciones que se dan son constitutivas de vida familiar: padres no casados, incluso si no hay cohabitación entre ellos (*Elsholz* contra Alemania), siempre que se den otros factores que demuestren el compromiso mutuo (*Keegan* contra Irlanda y *Görgülü* contra Alemania -son casos de adopción a espaldas de uno de los progenitores-).

En el caso *Elsholz* contra Alemania (sentencia de 13 de julio de 2000<sup>43</sup>), los padres del menor no estaban casados y rompieron su relación un año y medio después del nacimiento de su hijo. La legislación aplicable al caso en ese momento denegaba al padre el derecho de visitas. El Tribunal recuerda que «*para un padre y un hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar*» y las medidas internas del Estado

---

<sup>43</sup> Vid., una buena selección de fundamentos de Derecho de la sentencia *Elsholz* en torno a la vida familiar por MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidad personal y Familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2002. pp. 333-340.

impidiéndolo constituyen una inferencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio pues, aunque están previstas por la ley y tienen el objetivo legítimo de proteger *la «salud o la moral y los derechos y las libertades del niño»*, no son necesarias en una sociedad democrática, en cuanto las autoridades nacionales sobrepasaron su margen de apreciación al limitar la intervención del padre en la adopción de decisiones que afectaran a su hijo.

En el caso *Keegan contra Irlanda* (sentencia de 26 de mayo de 1994), el Tribunal Europeo estudia la decisión de una madre soltera de dar en adopción a su hijo recién nacido sin informar al padre. El gobierno irlandés defendía la posición de la madre alegando que no existía vínculo familiar entre el padre y el hijo, y además que la legislación irlandesa no reconocía ningún derecho al padre biológico, salvo que fuera designado legalmente tutor, extremo que el padre desconocía por completo. A pesar de que el gobierno consideraba la relación de la pareja como esporádica, inestable y acabada, lo cierto es que habían vivido juntos y hacían preparativos para su boda cuando discutieron y la relación se acabó, e incluso el padre había mantenido contacto con la madre y había visitado a ésta y al niño en la clínica tras el parto. El Tribunal consideró que Irlanda había violado el artículo 8 del Convenio porque aceptar la entrega en secreto del niño en adopción sin recabar el consentimiento del padre por el simple hecho de que el padre no estaba casado con la madre, fue una injerencia en la vida familiar de éste, reconociendo así otros vínculos familiares de facto cuando las partes cohabitan o han cohabitado fuera del matrimonio.

Después, el Tribunal, en el caso *Görgülü contra Alemania* (sentencia de 26 de febrero de 2004), vuelve a analizar la decisión de una madre de dar a su hijo en adopción, sin conocimiento del padre biológico. Este, pese a romper su relación sentimental con la madre, se interesó por su salud durante el embarazo, telefoneándola a menudo y se comprometió a hacerse cargo del niño tras su nacimiento. Las autoridades alemanas se negaron a colaborar con el demandante para que pudiera recuperar a su hijo, entregado a los cuatro días de nacer a una familia adoptiva. El Tribunal estimó que hubo violación del Convenio porque la desestimación del caso ante el Tribunal competente quebró toda posibilidad de establecimiento de vida familiar entre el padre y el hijo.

En definitiva, el Tribunal entiende que hay vida familiar entre el padre natural y su hijo, nacido de una relación no matrimonial, si consta que ha existido cierto grado de duración y compromiso entre los progenitores, aunque la relación haya acabado y que, como repite en

muchas de sus sentencias, para un padre y un hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar.

#### 4. Existe vida familiar entre los hijos de una misma pareja, independientemente de las relaciones entre los progenitores

En el caso Olsson contra Suecia (sentencia de 24 de marzo de 1988<sup>44</sup>), el Tribunal entiende que Suecia había vulnerado el derecho a la vida familiar por el hecho de haber separado a tres hermanos entregándolos en régimen de acogida a tres familias tan separadas geográficamente entre sí que resultaba imposible el mantenimiento de relaciones entre ellos.

En el caso Kutzner contra Alemania (sentencia de 26 de febrero de 2001), los demandantes –un matrimonio de ciudadanos alemanes- alegaron que la retirada de la patria potestad sobre sus hijas y la separación de éstas dadas en adopción a familias muy distantes, de manera que se impedía que mantuvieran relaciones entre todos ellos, vulneraba su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio. Los demandantes y sus dos hijas vivían desde el nacimiento de estas con los padres del demandante y un hermano soltero en una vieja granja. Las niñas sufrían un retraso en su desarrollo físico y sobre todo intelectual y, por ello, asistían a un jardín de infancia pedagógico especializado. Las autoridades consideraron que el retraso de las niñas no podía ser compensado ni por los abuelos ni por un apoyo por parte de los servicios sociales, y por ello las entregaron a familias de acogida distintas y anónimas. En esta situación, los demandantes no pudieron ver a sus hijas durante los seis primeros meses y si bien después se les concedió un derecho de visita fue muy limitado en la duración de los encuentros y muy espaciado en el tiempo. Para el gobierno, la retirada a los demandantes de la patria potestad sobre sus dos hijas era necesaria para la protección del bienestar físico y psíquico de ellas. El Tribunal Europeo recuerda una vez más que para un padre y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida de familia, por lo que no cabe duda de que las medidas tomadas en este caso -que las niñas permanezcan en familias de acogida y restringir los contactos entre los demandantes y sus hijas- se consideran una injerencia en el ejercicio del derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. Y esta injerencia vulnera el artículo 8 salvo si está prevista en la ley, persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática. En el caso de que se trata, la medida está prevista en la ley y tiende a proteger «la salud y la moral» y

---

<sup>44</sup> Vid., una buena selección de fundamentos de Derecho de la sentencia Olsson por MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidad personal y Familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 324-333.

«los derechos y las libertades» de las niñas. Y en cuanto a si es necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal recuerda:

- «que la resolución de tomar a un niño a cargo de las autoridades debe en principio ser considerada como una medida temporal, a anular en cuanto las circunstancias se presten a ello, y todo acto de ejecución debe estar de acuerdo con un fin último: unir de nuevo a los padres biológicos con el niño [...].

- que «Las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible, desde el inicio del período en que toman a su cargo al niño y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño [...].»

- que «teniendo en cuenta la corta edad de las niñas, tales rupturas de contacto, y luego tales restricciones de visitas, únicamente podían, en opinión del Tribunal, conducir a un distanciamiento creciente de las niñas en relación con sus padres, pero también de las niñas entre ellas».

- que «el hecho de que un niño pudiera ser acogido en un marco más propicio para su educación no puede en sí mismo justificar que sea sustraído a la fuerza de sus padres biológicos» pues podrían haberse establecido medidas adicionales de apoyo a la familia en vez de la medida radical de separación de las niñas de sus padres y abuelos.

Tal injerencia en el derecho de los padres debe considerarse «necesaria» debido a otras circunstancias, pero no en este caso, por lo que el Tribunal concluye que las razones que llevaron al Estado demandado a adoptar tal medida no son suficientes para justificar la grave injerencia que supuso en la vida familiar de los demandantes, y que, pese al margen de apreciación de que gozan las autoridades internas, la medida no era proporcionada a los fines legítimos perseguidos y supone, en consecuencia, una violación del artículo 8 del Convenio.

5. En relación con los hijos no matrimoniales, la exigencia de respeto a la vida familiar impone al Estado la obligación de actuar para garantizar que el hijo no matrimonial disfrute de los mismos derechos que el matrimonial.

En el caso Johnston contra Irlanda (sentencia de 18 de diciembre de 1986), el Tribunal estimó que el artículo 8 imponía al Estado la obligación de establecer para los hijos no legítimos una posición jurídica y social

equivalente a la de los hijos legítimos, ya que la ausencia de un régimen jurídico apropiado que garantice los vínculos familiares naturales del niño implica una vulneración del derecho al respeto de la vida familiar. El caso trata de una pareja que convive y tiene un hijo en común. Quieren regularizar su situación mediante el matrimonio pero la legislación del país, contraria al divorcio, se lo impide porque uno de ellos, el hombre, está separado legalmente de otra mujer con la que había tenido tres hijos. Para el demandante, la prohibición legal del divorcio impide el desarrollo de su nueva vida familiar. No comparte esta opinión el Tribunal, para el que la prohibición del divorcio no obsta realmente el desarrollo de una nueva vida familiar ya que el artículo 8 del Convenio se aplica por igual a la vida familiar matrimonial y a la extramatrimonial. Nadie niega que el demandante, su nueva compañera y su hija constituyan una familia, nadie les impide vivir juntos si así lo quieren y las autoridades públicas velarán por el respeto de esa vida familiar sin que pueda existir ninguna discriminación para las familias surgidas fuera del matrimonio. En consecuencia, no se puede obligar al Estado irlandés a cambiar su legislación para aceptar el divorcio, pero la vida familiar puede existir sin su regulación.

6. En lo que atañe a la relación de hijos adultos con sus padres, para el Tribunal Europeo la existencia de vida familiar depende de la existencia real de vínculos personales cercanos, de forma que fuera de ellos la relación entre adultos no merece especialmente la protección del artículo 8. Ni siquiera en casos de dependencia económica entre padres e hijos, como se recoge en la Decisión sobre admisibilidad de la demanda 5532/72, caso X contra Reino Unido. En este caso, la demandante, una madre que decía depender económicamente de su hijo, alegaba la existencia de vida familiar, pero la Comisión afirmó que la dependencia es un factor relevante, pero no concluyente, siendo la falta de cohabitación durante los últimos veinte años la circunstancia que lleva a considerar la carencia de vínculo constitutivo de vida familiar entre madre e hijo.

La ausencia de cohabitación fue también el factor determinante en el caso Singh contra Reino Unido (Decisión de admisibilidad 2992/66), ya que la relación entre un padre viudo y su hijo adulto no fue considerada constitutiva de vida familiar al llevar tiempo viviendo separados.

De cualquier forma, el vínculo familiar no se rompe entre padres e hijos por el solo hecho de alcanzar la mayoría de edad, ya que se mantiene mientras las relaciones familiares no se diluyan efectivamente.

7. La familia puede incluir a los abuelos. Para el Tribunal Europeo la familia puede estar conformada por los abuelos y su nieto. Así se apreciaba indirectamente en la ya mencionada sentencia Marckx contra Bélgica de 13 de junio de 1979 y se declara en la de Bronda contra Italia de 9 de junio de 1998. Este último caso trata de una menor que vivía en un ambiente familiar conflictivo, con su madre enferma mental, el agresivo acompañante de ésta y los abuelos maternos. En estas circunstancias, la niña fue apartada de su familia biológica y dada en adopción por las autoridades competentes. Los abuelos de la niña reclamaron su vuelta al hogar y, agotados sin éxito los recursos internos, demandaron al Estado italiano ante el Tribunal Europeo. Y éste, aun reconociendo que la familia también estaba conformada por los abuelos (fueron considerados víctimas a efectos de poder demandar), declaró que la medida estaba prevista en la ley, perseguía el fin legítimo de actuar en interés de la menor y había sido necesaria en una sociedad democrática para permitir su desarrollo emocional e intelectual en un ambiente familiar no hostil.

Por su parte, la sentencia Kutzner contra Alemania de 26 de febrero de 2002 – ya analizada- valoró positivamente el marco que constituye la familia que formaban los padres, abuelos y nietos, que ocupan todos ellos una granja hasta la decisión de los servicios sociales de colocar a las niñas en hogares sociales.

En los casos examinados los ascendientes forman parte del núcleo familiar. Sin embargo, a la vista de las circunstancias particulares de cada caso y de la comprobación de relaciones estrechas y reales de afectividad y dependencia, puede llegarse a una conclusión distinta.

8. Respecto a la relación tíos-sobrinos, la jurisprudencia considera que puede ser constitutiva de vida familiar cuando el vínculo familiar es fuerte, siendo la cohabitación un factor importante. En el caso Singh y Bains contra el Reino Unido (Decisión de admisibilidad 7912/77 de 28 de febrero de 1979), al tener el demandante 15 años y no haber vivido nunca con su tío, la Comisión consideró que no existía vida familiar entre ellos.

9. El concepto de vida familiar es aplicable también a una adopción sin lazos afectivos. Es el caso Pini-Bertani y Manera-Atripaldi contra Rumania (sentencia de 22 de junio de 2004). Se trata de dos demandas contra Rumania interpuestas por dos matrimonios italianos que se consideran padres adoptivos de dos niñas rumanas, Florentina y Mariana, alegando violación de los artículos 6 y 8 del Convenio. El proceso de adopción de ambas niñas no concluyó porque el centro educativo de *Bratsov* -lugar donde se encontraban las niñas- se opuso a ello

desobedeciendo dos sentencias del Tribunal del mismo lugar de 28 de septiembre de 2000. La sentencia del Tribunal Europeo analiza las invocadas violaciones de los artículos 6 y 8 del Convenio. Por lo que atañe al artículo 6 (derecho a un proceso equitativo), el Tribunal estima las alegaciones de los demandantes, pues considera que el sistema judicial rumano actuó con negligencia no ejecutando ambas sentencias. Por lo que respecta al artículo 8, los matrimonios italianos, ante la negativa de entrega de las niñas Florentina y Mariana, alegan que se ha violado su derecho a la vida familiar. Por primera vez el Tribunal decide si existe vida familiar entre padres adoptantes e hijos adoptados. El Tribunal en su argumentación recuerda que la decisión judicial definitiva otorgando a los matrimonios italianos el derecho a la adopción supone reconocer su cualidad de padres de las niñas, confiriendo los mismos derechos y obligaciones respecto a las menores que los de un padre o una madre respecto a sus hijos biológicos, haciendo cesar los derechos y obligaciones existentes entre el adoptado y sus padres biológicos o cualquier persona u organismo (así lo dispone el artículo 10 de la Convención Europea sobre la Adopción de Niños, ratificada por Rumania). Ahora bien, al garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el artículo 8 presupone la existencia de una familia, y esta condición no concurre en el caso al no haber cohabitación o lazos de facto suficientemente estrechos entre los demandantes y sus hijas adoptivas. Pero el Tribunal entiende que este hecho no es imputable a los demandantes, pues al elegir a las menores sobre la base de una simple foto, sin que existan verdaderos contactos con ellas, no han hecho más que seguir el procedimiento previsto en esta materia por el Estado demandado y se han comportado siempre como padres siguiendo la única vía que les estaba permitida, esto es, haciéndoles llegar cartas escritas en rumano. (El Tribunal manifiesta sus reparos -no podía ser de otra forma- a la manera en que se han desarrollado los procedimientos de adopción, sobre todo por la ausencia de contactos concretos y efectivos entre los interesados). El Tribunal concluye que una relación como la analizada, nacida de una adopción legal y no ficticia, puede ser considerada suficiente para merecer el respeto a que se refiere el artículo 8 del Convenio.

En consecuencia, para el Tribunal existe vida familiar no sólo cuando se dan vínculos biológicos, sino también cuando se trata de vínculos afectivos, sociales e incluso –como sucede en el caso contemplado– estrictamente legales entre determinadas personas.

10. La vida familiar no termina por el hecho de que las autoridades públicas asuman la tutela de un menor.

Dos resoluciones del Tribunal, caso W contra Reino Unido, de 8 de julio de 1987, y caso Eriksson contra Suecia, de 22 de junio de 1989, relativas a la custodia de hijos nos ilustran sobre si se debe dar por terminada la vida familiar cuando los padres no pueden asumir la responsabilidad de criar a sus hijos y se les retira la custodia.

En los dos casos se trata de padres incapaces de hacerse cargo del cuidado de sus hijos por problemas psiquiátricos o de consumo de drogas. En ambos casos las autoridades se hacen cargo de los hijos instalándolos en instituciones públicas o en familias de acogida, y también en los dos casos los servicios sociales impidieron el establecimiento de un régimen de visitas regular de los padres a los niños, negándoseles los encuentros. Por esta razón el Tribunal entiende que se ha violado el derecho de los padres a seguir manteniendo el contacto con sus hijos y en consecuencia, el derecho a su vida familiar. Ya he dicho que para el Tribunal el disfrute de la compañía mutua entre padre e hijo es un elemento fundamental de la vida familiar y la relación natural de familia no termina porque la autoridad pública asuma la tutela del menor. El hecho de que se haya retirado la custodia o la patria potestad a los padres no implica *ipso iure* el fin de la vida familiar.

En el caso Johansen contra Noruega (sentencia de 7 de agosto de 1996), las autoridades nacionales asumieron la tutela de la hija recién nacida de la demandante, suspendiendo a esta de la patria potestad y negándole el derecho de visitas a partir de la instalación de la niña en un hogar de acogida, cuya dirección mantuvieron en secreto. Estas medidas -previstas por la legislación nacional y tendentes a proteger la salud y los derechos y libertades de la hija de la demandante- han sido declaradas por el Tribunal Europeo vulneradoras del artículo 8 del Convenio, al impedir todo contacto entre la madre y la hija.

11. Respecto a las parejas homosexuales, los órganos de control del Convenio entienden que las relaciones homosexuales pertenecen al ámbito de la vida privada, sin que hasta el momento se hayan pronunciado sobre su inclusión en el ámbito de la vida familiar. Así se desprende del caso Sagueiro da Silva Mouta contra Portugal (sentencia de 21 de diciembre de 1999) en el que el demandante pretende obtener la custodia de su hija. El demandante estaba separado de su esposa con la que había tenido una hija. Tras la separación, su ex mujer tenía la custodia de la niña y él un derecho de visitas que nunca respetó la madre, que además entregó la niña a los abuelos maternos para que se hicieran cargo de su cuidado. El padre, que había comenzado a convivir con otro varón, reclamó la custodia de la hija alegando que estaba en mejores condiciones que su ex esposa para



proporcionarle un hogar estable, tanto en términos económicos como de cuidado y tiempo de atención. Para evitar esta reclamación la madre acusó al padre de haber abusado sexualmente de la hija, acusación que resultó falsa, por lo que en una primera instancia los Tribunales portugueses dieron la razón al demandante y le otorgaron la custodia de la hija. Sin embargo, el Tribunal Superior de Apelación retiró la custodia y la niña fue devuelta a la madre. El demandante entendió que la custodia le fue retirada por su orientación sexual y acudió al Tribunal Europeo alegando violación del artículo 8 (el litigio afectaba a su derecho a la vida familiar) en combinación con el artículo 14 (se vulneraba su derecho a la igualdad de trato sin distinción por razón de orientación sexual). Y es que para el Tribunal superior portugués la homosexualidad paterna influyó de forma determinante en el fallo, ya que declaró expresamente que la niña debía vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa. A la vista de lo expuesto, el Tribunal Europeo consideró que había existido violación del artículo 8 en relación con el artículo 14, por cuanto el fallo judicial portugués discriminaba al padre en sus derechos. De esta forma, el Tribunal Europeo no se pronuncia sobre la posibilidad de que exista vida familiar entre una pareja de homosexuales y la hija de uno de ellos, sino únicamente sobre si existe o no vida familiar entre un padre y su hija, con independencia de cuál sea la orientación sexual de este.

Lo mismo ocurre con la sentencia del caso Fretté contra Francia de 26 de febrero de 2002. De nuevo evitó pronunciarse sobre una posible vida familiar homosexual y justificó en el margen de apreciación del Estado la denegación a un homosexual del derecho a adoptar a un niño. Argumentó que el Estado es quien está en mejor situación para saber si esa adopción puede ofrecer un hogar estable al menor, cuyo interés prima sobre el del adoptante. Además el Tribunal recuerda que la vida familiar y la familia que protegen los artículos 8 y 12 del Convenio son la vida familiar y la familia ya existentes, no la mera expectativa o el deseo de formarlas.

En el caso de Karner contra Austria (sentencia de 24 de octubre de 2003), el demandante alega que la decisión de los Tribunales austriacos de no reconocer su derecho a subrogarse en el contrato de alquiler de su compañero, tras su muerte, supuso una discriminación debido a su orientación sexual; discriminación vulneradora del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio. Se trata de un homosexual que convive desde hace años con su pareja en un piso que este había alquilado. Cuando fallece el titular del contrato, el propietario quiere rescindirlo pero el demandante alega una norma austriaca que permite a los familiares de los fallecidos subrogarse en el contrato de alquiler. Pero el Tribunal Supremo del Estado demandado entiende que esta norma sólo se aplica a parejas

heterosexuales porque su objetivo es la protección de la familia. Para el demandante el objetivo de la norma es la protección económica y social del miembro superviviente de la pareja, para que no quede sin techo, independientemente de cual sea su orientación sexual, entendiendo que la cuestión entra dentro del ámbito del artículo 8 ya que hace referencia a elementos de la vida privada, la vida familiar y el domicilio. El Tribunal Europeo entiende que hay discriminación por razón de orientación sexual por cuanto el gobierno no ha ofrecido razones convincentes que justifiquen limitar la norma de subrogación a las parejas heterosexuales, impidiendo al compañero superviviente de una pareja del mismo sexo basarse en dicha disposición y, por lo tanto, considera que se ha producido una violación del artículo 14 considerado junto con el artículo 8 del Convenio.

12. La vida familiar entre los transexuales. El Tribunal, en el caso XYZ contra Reino Unido (sentencia de 22 de abril de 1997), reconoce que existe una familia y vida familiar entre transexuales. Este caso se refiere a la negativa de la autoridad británica a aceptar la inscripción de *X* como padre de *Z* en el Registro Civil porque *X* era un transexual convertido del sexo femenino al sexo masculino, que convivía con una mujer, *Y*, que había quedado embarazada mediante una inseminación artificial de un donante anónimo. El Tribunal, insistiendo en que hay que adaptarse a la realidad social, acepta que lo que aparentemente constituye una familia pueda ser considerado socialmente como tal, pero -pese a ello- no considera que el Estado demandado haya violado el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes, ya que este derecho no implica la exigencia al Reino Unido de cambiar su legislación para aceptar la inscripción como padre de un transexual que ha sufrido una operación de cambio de sexo. El Tribunal considera que el artículo 8 no supone que el Estado demandado tenga la obligación de reconocer oficialmente como padre de la niña a una persona que no es el padre biológico: el hecho de que el derecho británico no permita un reconocimiento jurídico especial de la relación entre el transexual y la hija de su pareja no constituye una falta de respeto de la vida familiar en el sentido del citado artículo, por lo que declara inexistente la violación<sup>45</sup>.

La transexualidad puede afectar a la vida familiar, pero sin llegar a suponer una violación del artículo 8 del Convenio, ni un trato discriminatorio. En el caso resuelto por la sentencia de 30 de noviembre de 2010 (P.V. contra España), los tribunales españoles habían restringido el régimen de visitas de la demandante a su hijo. Ante el Tribunal Europeo,

---

<sup>45</sup> Finalmente, se aprobó en el Reino Unido, la ley «The Gender Recognition Act 2004», que establece el derecho de los transexuales a la procreación y a la vida en familia en condiciones de igualdad.

esta alega haber sufrido un trato discriminatorio basado en su transexualidad, que atenta a su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

El Tribunal constata que la restricción del régimen de visitas inicialmente establecido perseguía proteger el equilibrio emocional del hijo de seis años, para que se habituase progresivamente a la decisión de cambio de sexo tomada por su progenitor, esto es, se basó en el interés superior del menor y no en la condición de transexual de la demandante. Según el Tribunal, cuando la orientación sexual está en juego, hacen falta razones particularmente graves y convincentes para justificar una diferencia de trato en relación con los derechos recogidos en el artículo 8 y recuerda que una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin aludido.

En este caso, las jurisdicciones españolas consideraron que el equilibrio psicológico del menor podía ser perturbado -conclusión altamente probable- por la situación de inestabilidad emocional de la demandante (inestabilidad acreditada por el informe psicológico) y por el riesgo de que esta inestabilidad se transmitiera al niño. La causa, pues, de restringir el régimen de visitas fue la existencia de un muy alto riesgo de causar perjuicio a la integridad psíquica y al desarrollo de la personalidad del menor, teniendo en cuenta su edad y la etapa evolutiva en la que se encontraba. A la vista de este razonamiento, el Tribunal declara que es el interés superior del niño el que ha primado en la toma de la decisión y no la transexualidad de la demandante, por lo que la restricción del régimen de visitas no ha sido resultado de una discriminación basada en la transexualidad y, por tanto, no ha habido violación del artículo 8 del Convenio, en relación con el artículo 14.

13. En cuanto a los matrimonios poligámicos, es claro que el Convenio no puede obligar a los Estados a reconocer matrimonios poligámicos contrarios a su orden jurídico y a la cultura monógama dominante de un país.

14. Acceso a datos sobre el origen y la infancia de las personas.

Finalmente, y en relación a las obligaciones positivas de los Estados para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Convenio, del caso Gaskin contra Reino Unido (sentencia de 7 de julio de 1989) se concluye que, con base en el artículo 8, se debe facilitar a una persona el acceso a los

datos sobre su origen y su infancia. En este caso, el Tribunal entendió que el Estado demandado no cumplía con las obligaciones que se derivan del artículo 8 por su pasividad y su decisión de no mostrar los datos personales de un expediente de orfandad, faltando así a su deber al no adoptar la actitud positiva y activa de permitir el acceso del demandante a los datos sobre su infancia. El demandante, un ciudadano británico, se encontraba desde la muerte de su madre bajo la guarda y cuidado del Ayuntamiento de Liverpool, en el domicilio de los padres de acogida, hasta alcanzar su mayoría de edad. Denuncia que fue maltratado cuando estuvo sometido a la situación de guarda y cuidado, y cuenta que desde su mayoría de edad está intentando averiguar dónde, con quién y en qué condiciones ha vivido para poder superar sus problemas y conocer su pasado. Para ello quiere acceder a su expediente personal, pero las autoridades locales se niegan alegando que la difusión del mismo era contraria al interés público y que las personas que facilitaban los datos del expediente –médicos, profesores, funcionarios de la policía, agentes de libertad vigilada, trabajadores sociales, inspectores de sanidad, familias de acogida y miembros del personal de los centros docentes- se inclinarían a ser menos sinceros en lo sucesivo. Por el contrario, el demandante entendía que el interés público exigía alguna fiscalización del cuidado con que una autoridad local se había ocupado de un niño sometido a su guarda. Cuando el demandante acude al Tribunal Europeo alega que la negativa a que consultara todo su expediente conservado en el Ayuntamiento de Liverpool violaba su derecho al respeto de su vida privada y familiar garantizado por el artículo 8. La Comisión primero y luego el Tribunal están de acuerdo en afirmar que los documentos del expediente se refieren a la vida privada y familiar del señor *Gaskin* hasta tal punto que el problema de si puede conocerlos el interesado entra en el terreno del artículo 8. El Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: *«las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o este niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar; y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano*

*independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos. Por consiguiente, los procedimientos seguidos no aseguraron al señor Gaskin el respeto de su vida privada y familiar exigido por el artículo 8 del Convenio. En consecuencia, el precepto fue violado»<sup>46</sup>.*

## **B. LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS.**

El concepto de vida familiar a que se refiere el artículo 8 del Convenio ha quedado perfilado con el análisis de las anteriores sentencias del Tribunal Europeo y es aplicable a toda persona, nacional o extranjero, que se halle bajo la jurisdicción de algún Estado miembro del Consejo de Europa.

Además, y en relación a la vida familiar de los extranjeros, hay dos cuestiones destacadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. La primera se refiere a la adopción por un Estado miembro de determinadas medidas, como la denegación de permisos de entrada o residencia, que afectan a la vida familiar en cuanto crean un obstáculo para la reagrupación de la familia, cuya efectividad supone –como ya he dicho– el desarrollo de la vida familiar. Pese a ello el Tribunal entiende –como analizo más adelante– que el artículo 8 del Convenio no garantiza el derecho a fundar una familia, ni a casarse, ni –aún menos– a establecer la vida familiar en el lugar elegido por los esposos, y no obliga a un Estado a dejar entrar extranjeros en su territorio para crear vínculos familiares nuevos, ni a admitir al núcleo familiar más cercano al extranjero residente legal<sup>47</sup>. La segunda cuestión se refiere a cómo la medida de expulsión de un extranjero del territorio del Estado en el que se ha instalado puede encontrar un límite en el respeto al derecho a la vida familiar. Las personas afectadas por una medida de esta clase invocan ante el Tribunal Europeo el artículo 8 del Convenio a fin de demostrar que, de ejecutarse la medida, su vida familiar quedaría afectada. En este punto hay que recordar que el Protocolo 4 del Convenio prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, así como de forma absoluta la de nacionales, pero no prohíbe las expulsiones individuales de extranjeros basadas en motivos de seguridad nacional u orden público.

Para el análisis de esta materia hay que partir de que la jurisprudencia de Estrasburgo afirma constantemente que la vida familiar

<sup>46</sup> Actualmente, rige en el Reino Unido la ley: «*The Adoption and Children Act 2002*», que fue reformada parcialmente por «*Children and Adoption Act 2006*». Disponible en Web: <http://www.legislation.gov.uk> [Consulta: 2 de septiembre de 2013].

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de 19 de febrero de 1996, caso *Gül* contra Suiza.

protegida por el Convenio es la preexistente: la vida familiar del demandante debe existir con anterioridad a las medidas del Estado demandado. Y también exige, cuando el demandante es extranjero, que la vida familiar sea «real y efectiva», de forma que la noción de vida familiar de los extranjeros es más restrictiva y su valoración, más exigente.

## 1. PREEXISTENCIA DE LA VIDA FAMILIAR

El Tribunal ha declarado que el derecho a la vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el derecho de fundarla. Esta afirmación se recoge en el ya citado caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido (sentencia de 28 de mayo de 1985), en que el Tribunal conoce de la demanda de tres mujeres residentes legales en el Reino Unido que contraen matrimonio en su país de origen y a cuyos maridos se niega la residencia en aquel país. Para las recurrentes, tal negativa supone una injerencia ilícita por parte del gobierno británico en su vida familiar, que les resulta impedida. El Tribunal, tras destacar que las recurrentes no tenían previamente una familia pues habían sido admitidas en el Reino Unido como solteras, señala que el asunto no está solamente relacionado con la vida familiar, sino también con la inmigración y que, según un principio de derecho internacional muy asentado, los Estados tienen derecho, sin perjuicio de sus obligaciones internacionales, a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio. Subraya además que *«en ningún caso puede interpretarse que el artículo 8 comporte para los Estados la obligación general de respetar los deseos de las parejas casadas a la hora de fijar su domicilio común y de aceptar la residencia de los cónyuges no nacionales, sino que los recurrentes tienen que probar la existencia de obstáculos que les impidan desarrollar una vida familiar en su propio país o en el de su cónyuge, o razones especiales por las que no se pueda esperar que opten por esa solución»*. De esta sentencia se desprende que las injerencias de un Estado en la vida familiar de los ciudadanos sólo resultarán contrarias al Convenio si existe una vida familiar anterior que resulte imposible o muy difícil desarrollar en otro país, comenzando por el propio o por el del cónyuge.

En este caso concreto se pone de manifiesto que el respeto de la vida familiar no exige al Estado aceptar la decisión de una familia sobre el país en que quiere fijar su domicilio. Además, el Tribunal entendió que ni las esposas ni sus maridos sufrían persecución en sus países de origen y que el Reino Unido no estaba obligado a otorgarles ningún tipo de protección especial.

Por lo que atañe a los supuestos de expulsión, cuando el demandante invoca la existencia de una vida familiar (cónyuge o conviviente e hijos) creada por él en el país de acogida, esto es, preexistente a la medida que supone una injerencia en su vida familiar, la jurisprudencia entiende que la fecha de la orden de expulsión es la fecha en la que hay que situarse para examinar si el demandante tenía vida familiar en el sentido del artículo 8. Así ocurrió en los casos *Boughanemi*, *Bouchelkia*, *El Boujaïdi* y *Boujlifa*, todos contra Francia<sup>48</sup>, en los que el Tribunal, siguiendo este criterio de que la fundación de la propia familia o el mantenimiento de relaciones afectivas de pareja sea anterior a la adopción de la medida de expulsión, entendió que los vínculos afectivos creados por los demandantes no debían tenerse en cuenta para sostener que la medida de expulsión afectaba a su derecho a la vida familiar. Y en lo que se refiere a los vínculos con padres y hermanos -a veces también alegados cuando se invoca que la expulsión implica violación del artículo 8- el Tribunal declara que tales vínculos dependen de la vida privada y no de la vida familiar desde el momento en que se es mayor de edad.

Abundando en el mismo criterio, en el caso *Dalia* contra Francia (sentencia de 19 de febrero de 1998), el Tribunal entiende que no atenta contra la vida familiar la expulsión de un extranjero si este puede llevar consigo a su hijo que, debido a su corta edad, aún no está integrado en la sociedad. Se trata del caso de una ciudadana argelina residente en Francia desde los diecisiete años, que, acusada de varios delitos de tráfico de drogas, recibe la orden de expulsión. Antes de la ejecución de dicha orden concibe un hijo, que nace en Francia, y cuando va a procederse a la ejecución de la medida alega que la expulsión interfiere en el desarrollo de la vida familiar con su pequeño. Para el Tribunal son asumibles los argumentos de Francia en cuanto que, como Estado soberano, tiene derecho a controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio, máxime si se trata de un delincuente que pone en peligro el orden público, pero entiende que el hecho del nacimiento del hijo no puede ignorarse. Además, en este caso, el Tribunal toma en consideración, no la fecha en que la medida de expulsión se hizo definitiva –la demandante aún no era madre-, sino la fecha de la negativa del Tribunal de apelación a revocar la expulsión –entonces ya era madre-, lo que beneficia el planteamiento de la mujer, que pudo prevalecerse del nacimiento de su hijo, y por ello el Tribunal considera que la medida supone una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida familiar. No obstante, el Tribunal declara que tal injerencia no puede considerarse desproporcionada a los fines legítimos

---

<sup>48</sup> Caso *Boughanemi* contra Francia. Sentencia de 24 de abril de 1996.

Caso *Bouchelkia* contra Francia. Sentencia de 29 de enero de 1997.

Caso *El Boujaïdi* contra Francia. Sentencia de 26 de septiembre de 1997.

Caso *Boujlifa* contra Francia. Sentencia de 21 de octubre de 1997.

perseguidos porque cumple los requisitos del apartado 2 del artículo 8: la medida está prevista por la ley; persigue el fin legítimo de «defensa del orden» y «prevención de infracciones penales»; y es necesaria en una sociedad democrática teniendo en cuenta la vida marginal y delictiva de la demandante, sin que –añade– la expulsión implique la separación de su hijo porque debido a su corta edad puede ir con ella a Argelia.

## 2. LAZOS FAMILIARES REALES

También se exige que los lazos familiares invocados sean reales. Así se desprende del caso Nsona contra Holanda (sentencia de 28 de noviembre de 1996), en que el Tribunal Europeo no entró a conocer el fondo de la queja al haber recurrido las demandantes al engaño. Se trata de dos nacionales de Zaire llamadas *Bata Nsona* y *Francine*. *Bata* vive en Holanda pues se le concedió un permiso de residencia por «razones imperiosas de carácter humanitario». *Francine* es una niña de 9 años, cuyos padres murieron en una fecha no determinada y no hay constancia de que tenga algún pariente vivo en Zaire, estando al cuidado de unos amigos de sus padres. En estas circunstancias, *Bata* decide introducir a *Francine* en Holanda falsificando su pasaporte (la incluyó como hija suya). Descubierto el fraude por las autoridades holandesas, se ordena la expulsión de la niña del país. Ante el Tribunal Europeo, las dos afirman que *Bata* es la tía de *Francine* y que en sus últimas voluntades la madre de la niña pidió a su hermana que se hiciera cargo de ella, pero, como ya se ha adelantado, el Tribunal no entró a conocer el fondo del asunto y entendió que la actitud de las autoridades holandesas expulsando a *Francine*, una vez descubierto el engaño, no podía ser censurada.

Con anterioridad, la Comisión había manifestado la necesidad de acreditar la existencia del vínculo familiar, verificación que es compatible con el derecho al respeto de la vida familiar<sup>49</sup>.

## 3. CARÁCTER EFECTIVO DE LA VIDA FAMILIAR

Por último, la vida familiar debe tener un carácter efectivo para ser protegida, de forma que no es suficiente la mera existencia de un vínculo familiar, sino que éste debe ser el fundamento de una efectiva «vida familiar», en el sentido de que entre los miembros de la familia de que se trate exista cohabitación u otras formas de contacto, como visitas, correspondencia o llamadas telefónicas, y se dé una dependencia económica y emocional. La dependencia meramente emocional es insuficiente para pretender la protección del artículo 8 del Convenio, pues

---

<sup>49</sup> ARRIAGA IRABURU, Inés. *El derecho a la vida familiar...* cit. p.85.



se da fundamentalmente entre adultos y así lo ha declarado la Comisión en varias decisiones. En la Decisión sobre admisibilidad del caso Singh contra Reino Unido declaró que el vínculo entre un padre viudo y su hijo adulto no era constitutivo de «vida familiar» al haber estado ambos separados durante un largo período de tiempo (no se da, por tanto, el requisito de la cohabitación) y en la Decisión sobre admisibilidad del caso X e Y contra Reino Unido, la Comisión no aceptó la existencia de vida familiar entre una hija adulta y sus padres, teniendo en cuenta que la demandante estaba casada, vivía y trabajaba con su marido, y no dependía económicamente de sus padres ni éstos de ella.

En definitiva, para que el vínculo familiar de los extranjeros sea considerado constitutivo de «vida familiar» a efectos del Convenio se requiere que la relación entre el demandante y su familia sea preexistente a la medida provocadora de la ruptura, real y suficientemente efectiva. Y, como ya hemos visto al examinar las sentencias del Tribunal Europeo, existiendo vida familiar y constatada la injerencia de una medida en el derecho a la misma, el Tribunal estudiará si la medida estaba prevista por la ley, si perseguía un fin legítimo y, por último, si era necesaria en una sociedad democrática, para declarar vulnerado o no el derecho al respeto a la vida familiar.

### **C. REQUISITOS PARA SER TITULARES DEL DERECHO**

Fijado el concepto de vida familiar, cuyo respeto constituye el derecho a que se refiere el artículo 8 del Convenio, procede analizar ahora quiénes son los titulares de ese derecho. El Convenio establece en su artículo 34 que *«El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho»*. En este punto, este artículo hay que ponerlo en relación con el artículo 1 del Convenio, que dispone que *«Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio»*. De lo anterior se deduce que para tener legitimación activa<sup>50</sup> es necesario que concurren las dos condiciones siguientes:

---

<sup>50</sup> En cuanto a la legitimación pasiva –como establece la sentencia de 18 de febrero de 1991 (caso *Moustaquim* contra Bélgica)- la demanda individual puede dirigirse contra todo Estado que haya ratificado el Convenio, de forma que el Estado podrá ser demandado *«por los actos u omisiones de todos sus poderes cuyas acciones u omisiones son susceptibles de constituir el objeto de una demanda»*.

## 1. SER PERSONA FÍSICA, ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL O GRUPO DE PARTICULARES DEPENDIENTE DE LA JURISDICCIÓN DE UNA DE LAS PARTES DEL CONVENIO

Esto es, nacional de uno de los Estados parte del Convenio, extranjero, refugiado o incluso apátrida, siempre que se encuentre bajo la jurisdicción de uno de los Estados miembros del Convenio.

## 2. SER VÍCTIMA DE UNA VIOLACIÓN DEL CONVENIO POR UNO DE LOS ESTADOS PARTE

Por víctima se entiende la persona afectada por la actuación del Estado demandado, y que por serlo, puede invocar un interés personal, directo y actual en el asunto.

### 2.1 El interés personal

El interés personal permite distinguir entre víctima directa y víctima indirecta. En materia de extranjería la víctima directa sería, por ejemplo, la persona a la que se refiere la medida de prohibición de entrada o permanencia en un territorio o la expulsión. Pero además, puede ser considerada víctima en relación con el derecho establecido en el artículo 8 -y sería la víctima indirecta- la persona que pueda demostrar, por un lado, la existencia de un vínculo particular y personal con la víctima directa: parientes próximos, personas vinculadas afectivamente al interesado y, por otro, que la violación del Convenio le causa un perjuicio o que tiene un interés personal justificado en que tal violación sea declarada. Así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha reconocido como «víctima» al padre al que se le negaba la entrada de su hijo al país donde él estaba residiendo; al hijo que reclamaba la entrada de su padre viudo; a los hijos y a la esposa de una persona a quien no se reconoce el derecho a entrar en el país donde residen éstos, o se le deniega el permiso de permanencia indefinida, o se encuentra bajo orden de expulsión del país donde reside con su familia; a los hijos con derecho a permanecer en el país de residencia cuyos padres se encontraban bajo orden de expulsión; a la hija menor por expulsión de su padre, ya divorciado de su madre; al marido de una mujer contra la que existe orden de expulsión; a la cuñada viuda y a la sobrina de un extranjero bajo amenaza de expulsión; al hijo menor de un polígamo al que deniegan permiso de estancia; al extranjero que reclama el derecho de su sobrino a entrar en el país de origen; a los hijos y al marido

de una extranjera bajo orden de expulsión; a los hijos y a la mujer o al marido de un extranjero o extranjera al que no se le reconoce el derecho a entrar en el país donde reside su familia, etc. Y en el caso de ser el demandante una persona moral, debe demostrar que está directamente afectada por la medida. Por ejemplo, la Comisión en su Decisión sobre la admisibilidad de la demanda 18336/91, Campopiano y la asociación G.I.S.T.I. (de defensa del inmigrante) contra Francia, consideró que dicha asociación no podía pretender ser víctima de la violación del Convenio alegada, puesto que no era la asociación en cuanto tal la víctima del atentado denunciado (la Comisión declaró la demanda incompatible *ratione personae* respecto a la asociación demandante, y por tanto, parcialmente inadmisibile)<sup>51</sup>.

## 2.2 El interés directo

La víctima -directa o indirecta- debe estar afectada por el acto o la omisión objeto de litigio para entender que tiene un interés directo. La Comisión, en su momento, y ahora el Tribunal han admitido que los particulares están legitimados *«para impugnar una ley que por sí misma vulnera sus derechos, incluso a falta de actos particulares de ejecución, siempre que corran el riesgo de ser directamente afectados por aquélla»*<sup>52</sup>.

## 2.3 El interés actual

En principio, el interés jurídico del demandante debe ser actual y subsistir durante el procedimiento, pero cabe que al presentar la demanda no se haya producido violación de un derecho pero exista un riesgo inminente de que tal violación se produzca. Es el caso de una «víctima potencial». Y así, en casos de expulsión y vida familiar, son considerados como víctimas los demandantes sobre los que se ha adoptado una medida de expulsión aún no ejecutada por las autoridades competentes del Estado demandado.

Por último, creo conveniente señalar aquí que cabe la posibilidad de continuar los procesos, incluso después de haberse puesto remedio a la violación alegada por la vía del arreglo amistoso. Y es que, en aras del interés general o por el daño sufrido o padecido por el demandante, es

---

<sup>51</sup> ARRIAGA IRABURU, Inés. *El derecho a la vida...* cit. p. 35.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de junio de 1979. Caso *Marckx* contra Bélgica.

conveniente evitar que los Estados vean en los acuerdos amistosos una vía para eludir cambios en sus legislaciones o prácticas administrativas contrarias al Convenio.

También, aún dándose otras circunstancias que permiten cancelar una demanda del Registro de entrada<sup>53</sup>, el Tribunal puede proseguir el examen si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos. En el caso *Karner contra Austria* -ya analizado al hablar sobre la homosexualidad- el demandante falleció estando en curso el procedimiento y a pesar de que el gobierno solicitó que la demanda fuera cancelada del Registro de entrada ya que no había herederos que desearan continuar con ella, el abogado del demandante alegó que el caso se refería a una cuestión importante de la legislación austriaca y que el respeto a los derechos humanos exigía que continuara su examen. El Tribunal entendió que *«los casos de derechos humanos presentados ante el Tribunal tienen también generalmente una dimensión moral que debe ser tomada en cuenta al considerar si debe continuar el examen de una demanda tras el fallecimiento del demandante. Tanto más aún, cuando la cuestión principal planteada por el caso trasciende la persona y los intereses del demandante»*. Aunque –continúa diciendo el Tribunal- *«el principal objetivo del Convenio es proporcionar una satisfacción individual, su misión es también determinar cuestiones de interés general, y así elevar los niveles generales de protección de los derechos humanos y extender la jurisprudencia de los derechos humanos a través de la comunidad de los Estados firmantes del Convenio»*. Y en aplicación de este criterio, entendió que debía continuarse el examen del tema planteado en la demanda -la diferencia de trato de los homosexuales en relación con la subrogación en los alquileres en la legislación austriaca- porque se refiere a *«una cuestión de interés general importante no solamente para Austria, sino también para otros Estados Miembros del Convenio»*, contribuyendo con ello *«a aclarar, proteger y desarrollar los niveles de protección del Convenio»*.

En mi opinión, las consideraciones recogidas en esta sentencia son muy importantes, pues permiten, a partir de un caso particular, examinar y resolver cuestiones que son de interés general reforzando en todos los Estados miembros la protección de los derechos reconocidos en el Convenio.

#### **D. CONTENIDO DEL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS**

---

<sup>53</sup> El artículo 37 del Convenio dispone que, en cualquier momento del procedimiento, el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del Registro de entrada si el demandante ya no está dispuesto a mantenerla; o el litigio ha sido resuelto; o ya no está justificada la prosecución del examen de la demanda.

Cuando el artículo 8 del Convenio dispone que toda persona tiene derecho al respeto de la vida familiar impone dos obligaciones diferentes a los Estados.

La primera, consistente en la obligación de no interferir en el ejercicio de los derechos reconocidos por el Convenio, se deriva del tenor literal del apartado 2 de dicho artículo, en cuanto dispone que *«No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»*. De acuerdo con esta doctrina de la no interferencia del Estado en el ejercicio de los derechos salvo en las circunstancias anteriores, la obligación del Estado es una obligación negativa, de abstención de comportamiento o de no inmiscuirse en un espacio reservado, creando un límite a la acción de los poderes públicos. Como ha declarado el Tribunal<sup>54</sup>, el objetivo esencial del artículo 8 del Convenio es proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas que pueden producirse, bien mediante medidas concretas o acciones llevadas a cabo por quienes detentan el poder público, bien por la mera existencia de normas generales, sin necesidad de medidas concretas de aplicación.

La segunda obligación que impone el artículo 8 a los Estados es una obligación de respeto, que no se satisface con la mera abstención de éstos en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio, sino que impone la adopción de medidas positivas que garanticen su ejercicio efectivo. Ya he dicho que la noción de respeto –como establece la sentencia del caso *Abdulaziz*- *«no tiene contornos bien definidos: teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas seguidas y las situaciones que se producen en los Estados parte, las exigencias derivadas de esta noción variarán considerablemente de un caso a otro»*. Así las cosas, los Estados disponen de un margen de apreciación para determinar cuál es el respeto exigido por

---

<sup>54</sup> En caso *Airey* contra Irlanda (sentencia de 9 de octubre de 1979), el Tribunal declara que el Estado demandado debe adoptar las medidas tendentes para facilitar el disfrute efectivo del derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio. En dicho caso se constata que la legislación irlandesa dispone que la *High Court* será el órgano competente para conocer de los asuntos de separación, debiendo las partes actuar ante ella representados legalmente. Pero lo que no se prevé es el beneficio de justicia gratuita para los que hayan de ventilar asuntos ante dicha Corte, imposibilitándose el acceso ante ella de las personas que no tienen medios para costearse un abogado, como le ocurría a la demandante, señora *Airey*: una mujer sin recursos que mantenía a sus cuatro hijos en una situación económica precaria y era maltratada por su marido antes de que la abandonara.

las circunstancias realizando una ponderación justa entre el interés general de la comunidad y el del individuo, puesto que la búsqueda de tal equilibrio es inherente al Convenio en su conjunto.

Sólo en los supuestos contemplados en el párrafo 2 del artículo 8 -que la injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás- se permite al Estado la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar. La labor de los Tribunales nacionales, primero, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se han agotado sin éxito las vías de reparación interna, consiste en verificar si se han cumplido las condiciones descritas para declarar la vulneración o no del derecho.

La primera de las tres condiciones es que la injerencia esté prevista por ley. Esta exigencia debe ser interpretada en sentido material y no formal, sirviendo de base legal tanto las normas emanadas del poder legislativo, como cualquier otra disposición dictada por órganos u organismos del Estado que tengan reconocida dicha facultad. Además, la injerencia deberá ser aplicada de conformidad con el derecho nacional, de forma que los tribunales internos determinarán tanto la existencia de una ley que permita la injerencia, como su validez y su interpretación. Este juicio de conformidad con la ley interna que, en principio, realizan los jueces nacionales es aceptado por el Tribunal Europeo, aunque este puede llegar a una interpretación diferente en caso de infracción o incompatibilidad manifiesta de la medida enjuiciada con el derecho nacional.

En el caso *Abou Amer* contra Rumania (sentencia de 24 de mayo de 2011) el Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 8 del Convenio porque la injerencia en la vida familiar del demandante -consistente en la declaración de «*persona non grata*» por ser considerado una amenaza para la seguridad nacional- no era conforme a un ley que cumpliera con los requisitos del Convenio. La orden del fiscal declarándolo así y expulsándolo de Rumania durante diez años no contenía las razones concretas en las que se basó para la adopción de tal medida y no se presentaron cargos penales contra el demandante por ningún delito ni por hechos que pudieran constituir una amenaza para la seguridad nacional. Tan solo que «*había suficientes y serias informaciones de que estaba comprometido en actividades capaces de poner en peligro la seguridad nacional*». Argumentación de todo punto insuficiente y sin el necesario apoyo probatorio para justificar la adopción de una medida de expulsión

que afectaba a su vida familiar. Por ello, el Tribunal declaró violado el artículo 8 del Convenio.

La segunda condición es que la injerencia persiga uno de los fines enumerados en el párrafo 2 del artículo 8: la protección de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Los Tribunales tratan de determinar si el fin o los fines que inspiran la adopción de la medida por el Estado demandado coinciden con algunos de los mencionados.

Cabe que distintos fines legítimos sean alegados por los Estados para justificar la injerencia, pero son los órganos de control los que seleccionan de entre ellos el que estiman más apropiado para situar el debate.

Como ya se ha dicho, uno de los fines legitimadores de la injerencia enunciados en el mencionado apartado 2, el denominado «*bienestar económico del país*», es una particularidad de este artículo del Convenio. Desde su inclusión se tuvo presente el riesgo que suponía al ser una noción muy vaga que podría suponer mayores restricciones al ejercicio del derecho y durante mucho tiempo la Comisión rechazó su admisión para legitimar una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros. No obstante, existen casos en los que este fin se ha admitido, casos referentes fundamentalmente a la injerencia causada por la denegación de otorgamiento o prórroga del permiso de residencia en el país donde el demandante tiene su vida familiar establecida, como, por ejemplo, en el caso *Gül* contra Suiza (rechazo de las autoridades suizas de permitir la entrada de un hijo menor de edad del demandante -nacional turco- para reunirse en Suiza con sus padres) en el que, alegados por el Estado varios de los fines del párrafo 2 del artículo 8, la Comisión admitió que el fin perseguido por la medida era el «bienestar económico del país»; o los casos *Berrehab* y *Ciliz*, ambos contra Holanda (los demandantes -nacionales marroquíes- al divorciarse de sus esposas -nacionales holandesas- perdieron el derecho a residir en Holanda), en los que para el Tribunal el fin legítimo perseguido era la defensa del bien económico del país ya que, por la fuerte densidad de población, la política de inmigración de aquel país es restrictiva.

La tercera y última condición para que la injerencia esté permitida es que la medida sea necesaria en una sociedad democrática. Aunque las

autoridades nacionales tienen un cierto margen de apreciación a la hora de juzgar la «necesidad» de la medida, este margen está sometido al control del Tribunal Europeo, que determinará la suficiencia de los motivos alegados y su proporcionalidad para alcanzar el fin legítimo perseguido por la medida. Para GARCÍA ROCA<sup>55</sup>: *«La necesidad de la medida en una sociedad democrática, conforme al apartado 2º de los artículos 8 a 11 CEDH, es parte del habitual juicio de proporcionalidad que se hace en Estrasburgo y puede incluirse dentro del que doctrinalmente se ha denominado “subprincipio de necesidad”. La proporcionalidad no se menciona en el Convenio pero se ha convertido en la pieza central a la hora de su aplicación aunque su uso se revele a veces como controvertido»*. Y, más adelante, especifica que *«El propio margen de apreciación nacional –estimo– puede concebirse también como un ingrediente más de ese juicio de proporcionalidad»*<sup>56</sup>.

Esta exigencia de proporcionalidad es una constante en la jurisprudencia europea<sup>57</sup>, que en cada caso determina si la restricción impuesta al disfrute de un derecho fundamental obedece a una ponderación entre la finalidad perseguida y la lesión del derecho. En definitiva, una medida ineficaz para alcanzar la necesidad social que se pretende o excesiva por cuanto las autoridades nacionales disponen de otras soluciones menos restrictivas de derechos y no hacen uso de ellas, constituye una violación del Convenio.

Todo lo anterior, en el caso de que la persona afectada por la medida adoptada por un Estado parte del Convenio sea extranjera, se configura de la siguiente manera:

## 1. EL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR COMO OBLIGACIÓN NEGATIVA DEL ESTADO

El respeto al derecho a la vida familiar considerado como obligación negativa, esto es, como la no interferencia del Estado en el desarrollo del derecho, se pone de manifiesto fundamentalmente en materia de extranjeros con la adopción por los Estados demandados de medidas de expulsión de estos ciudadanos de su territorio. El Tribunal Europeo ha

---

<sup>55</sup> GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas, 2010, p. 90.

<sup>56</sup> GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 91.

<sup>57</sup> Vid., sobre esta material, BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge, 2012. Habla sobre la proporcionalidad para el legislador y para el juez en relación con los derechos fundamentales y los constitucionales en general.



elaborado una doctrina jurisprudencial cuyos elementos esenciales son los siguientes:

a) En primer lugar, recuerda que el Convenio no garantiza, como tal, el derecho de los extranjeros a entrar y residir en un determinado país. Sin embargo, expulsar a una persona del territorio de un Estado firmante del Convenio, donde ha desarrollado una parte de su vida y en el que vive su familia o sus parientes cercanos, puede constituir una injerencia en su derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8.1 del Convenio (sentencias de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquin* contra Bélgica; de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif* contra Suiza; y de 17 de enero de 2006, caso *Aoulmi* contra Francia, entre otras).

b) La injerencia que supone la adopción de una medida de expulsión del territorio donde una persona se ha establecido y vive su familia o sus parientes más cercanos sólo vulnera el artículo 8 del Convenio si no se cumplen las exigencias del apartado 2 del mencionado artículo. Por tanto, el Tribunal debe determinar si la medida está prevista en la ley, persigue uno o más de los fines legítimos enunciados en dicho apartado y es necesaria en una sociedad democrática.

c) Las decisiones de prohibición de estancia en el territorio de un país o de expulsión se basan en las disposiciones pertinentes de las legislaciones internas del Estado en cuestión, que constata el Tribunal en sus sentencias, tras exponer las circunstancias del caso.

d) La injerencia debe perseguir uno de los fines del apartado 2 del artículo 8.2 del Convenio, esto es, la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y la moral y la de los derechos y libertades de los demás. En lo que atañe a la expulsión de extranjeros, los fines alegados para legitimar la medida son fundamentalmente dos: «*la defensa del orden y la prevención del delito*», en los supuestos de que la persona afectada sea un delincuente, y «*el bienestar económico del país*», cuando la medida de expulsión se justifica en atención a las políticas de inmigración de los países miembros del Convenio.

e) La necesidad de la medida en una sociedad democrática responde a la valoración de distintos elementos:

En primer lugar, el Tribunal Europeo parte de la prerrogativa de los Estados de garantizar el orden público, de su derecho a controlar, en virtud de un asentado principio de derecho internacional y sin perjuicio de los compromisos adquiridos en los tratados, la entrada y la residencia de los no nacionales. Por lo tanto, tienen la facultad de expulsar a los delincuentes o a los que no cumplan los requisitos de su política de inmigración. Las decisiones que los Estados adopten en esta materia, en la medida en que lesionan el derecho reconocido en el artículo 8, deben evidenciarse necesarias en una sociedad democrática, es decir, han de estar justificadas por su necesidad social imperiosa y ser proporcionales al fin legítimo perseguido (sentencia 21 de junio de 1988, caso *Berrehab* contra Países Bajos, pto. 28; sentencia de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquim* contra Bélgica, pto. 43; y sentencia de 17 de enero de 2006, caso *Aoulmi* contra Francia, pto. 80, entre otras).

De esta forma, la tarea del Tribunal consiste en determinar si la medida adoptada contra el demandante ha respetado el justo equilibrio entre los intereses en juego, esto es, el derecho del interesado a su vida familiar y la protección de los fines legítimos que corresponde preservar al Estado.

Y en esta ponderación de intereses tiene gran relevancia la situación privada y familiar del demandante, su arraigo en el país de acogida, y sus vínculos con el país de origen.

Así se recoge en la sentencia del caso *Boultif* contra Suiza de 2 de agosto de 2001, donde se establecen los principios rectores que deben guiar tal valoración, refiriéndose el caso concreto a la expulsión de un delincuente extranjero llegado adulto al país de acogida. Son los siguientes:

- la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante.
- la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado.
- el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, así como la conducta del demandante en ese período.
- la nacionalidad de las personas afectadas.

- la situación familiar del demandante, por ejemplo, el tiempo que el matrimonio lleva junto y otros elementos que expresen el carácter efectivo de la vida familiar de la pareja.
- la cuestión de si, al inicio de su relación familiar, el cónyuge conocía los hechos constitutivos del delito.
- si hay hijos en el matrimonio y, si los hay, su edad.
- la gravedad de las dificultades que puede encontrar uno de los cónyuges en el país de origen del otro, aunque el mero hecho de que una persona deba enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no puede en sí mismo excluir la expulsión.

Estos criterios se utilizan también para los inmigrantes delincuentes de segunda generación o los extranjeros llegados en su primera juventud que han fundado una familia en el país de acogida.

Si se trata de delincuentes inmigrantes de segunda generación o extranjeros llegados en su primera juventud, que no han fundado una familia en el país de acogida, el Tribunal valora fundamentalmente –como mas adelante veremos- los tres primeros criterios (la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de su estancia en el país del que va a ser expulsado; y el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, así como su conducta en ese período) y también los vínculos particulares que estos inmigrantes han tejido con su país de acogida, pues en él han recibido su primera educación, han establecido sus relaciones sociales y han desarrollado su identidad propia. Nacidos o llegados al país de acogida debido a la emigración de sus padres, normalmente tienen en él sus principales vínculos familiares, conservando algunos con su país de origen únicamente el vínculo de la nacionalidad (caso *Boujlifa* contra Francia de 21 de octubre de 1997, pto. 44 y caso *Mehemi* contra Francia de 10 de abril de 2003, pto. 36). A pesar de ello, el Tribunal entiende que las relaciones entre adultos no gozan necesariamente de la protección del artículo 8 del Convenio sin que se demuestre la existencia de unos elementos complementarios de dependencia distintos a los vínculos afectivos normales (sentencia de 13 de febrero de 2001, caso *Ezzouhdi*, ap. 34).

En definitiva, la labor del Tribunal se centra fundamentalmente en determinar si la medida es necesaria en una sociedad democrática y para ello realiza una ponderación entre la medida adoptada por el Estado para alcanzar uno de los fines ya mencionados y la afectación de esa medida en la vida familiar del individuo, concluyendo si la medida ha sido o no proporcional a los fines perseguidos y, por tanto, si supone o no una violación del artículo 8 del Convenio. Y de este juicio de valores se extraen las más importantes conclusiones en la materia, produciéndose, no obstante, en supuestos de hecho similares, declaraciones finales contradictorias.

### 1.1 Derecho de entrada y residencia

Como ya he dicho, el Tribunal tiene declarado reiteradamente que el Convenio no garantiza el derecho de los extranjeros a entrar y residir en el país que elijan. En el caso Cruz Varas contra Suecia (sentencia de 20 de marzo de 1991), desestima la pretensión de una familia chilena de fijar su residencia definitiva en Suecia. Esta familia entró en Suecia alegando una persecución política por parte de la dictadura de Pinochet, que nunca fue demostrada. Ante la decisión de las autoridades suecas de proceder a su expulsión, la familia acude al Tribunal Europeo invocando que tal medida supondría una injerencia en su vida familiar. El Tribunal declaró que en ningún momento quedó probado que existiese impedimento o riesgo alguno para el desarrollo de la vida familiar en Chile, por lo que concluyó que no había existido vulneración del artículo 8 del Convenio.

En el caso de matrimonios mixtos en atención a la nacionalidad, la expulsión de uno de los miembros de la pareja conlleva bien la salida del otro miembro de su propio país, bien la separación de los cónyuges, cuando el no sujeto a la medida de expulsión decide no seguir al expulsado, lo que debería tenerse en cuenta para justificar la injerencia<sup>58</sup>. Así, no supone violación del artículo 8 la ejecución de una medida de expulsión si el afectado puede desarrollar su vida familiar en su país de origen, como se analizó en el caso Dalia contra Francia (sentencia 19 de febrero de 1998). El Tribunal, partiendo de que Francia tiene derecho a controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio, máxime si se trata de una delincuente que pone en peligro el orden público, al valorar si la medida impide a la demandante llevar a cabo su vida familiar, es rotundo en su

---

<sup>58</sup> En el caso Mehehi contra Francia (sentencia de 10 de abril de 2003), el Tribunal declaró que siempre que se establezca la existencia de un vínculo familiar, el Estado debe en principio actuar de forma que se permita desarrollar dicho vínculo y adoptar las medidas adecuadas para reunir a la familia.

negativa, ya que cuando se adoptó Dalia no era madre y nada le impedía llevarse consigo a su hijo -que tiene doble nacionalidad- hasta su país de origen y, además, este, por su temprana edad, podía adaptarse a cualquier sociedad.

### 1.2 Legalidad de la medida que afecta al derecho a la vida familiar

Ya he dicho que el Tribunal debe constatar que la medida adoptada por las autoridades nacionales es legal, esto es, está prevista por la legislación interna del país. Es la primera apreciación que debe realizar el Tribunal y si concluye que la medida no está así fundada, declara la violación del artículo 8 sin entrar a conocer si se cumplen o no los demás requisitos. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *Al-Nashif* contra Bulgaria (sentencia de 20 de junio de 2002), que trata de un matrimonio de apátridas de origen palestino que se instala en Bulgaria, donde consiguen un permiso de residencia y nacen sus hijos. El demandante fue expulsado del país ante las sospechas de las autoridades de que era un terrorista ligado a movimientos fundamentalistas. El demandante alegaba que había formado una familia en Bulgaria y que tenía derecho a residir en ese país. Además, su mujer e hijos dependían económicamente de él. El Tribunal recordó que el Convenio no garantiza el derecho a una familia de residir en el país donde quiera instalarse, pero declaró la violación del artículo 8 ya que la orden de expulsión había sido adoptada sin las preceptivas garantías, no estando por tanto la injerencia prevista por la ley, como dispone el artículo 8.2 del Convenio. El Tribunal, pues, no necesitó analizar si la intromisión buscaba un fin legítimo como es la prevención del delito, ni si era necesaria en una sociedad democrática.

Una de las sentencias más significativas en relación a medidas de expulsión fundamentadas en el no cumplimiento de la legislación relativa a permisos de entrada y residencia es la dictada en el Caso *Berrehab* contra Países Bajos (sentencia de 21 de junio de 1988). En ella el Tribunal fija las condiciones en las que el artículo 8 puede actuar como límite a las medidas de expulsión de los extranjeros. Este caso se refiere a la expulsión de un extranjero -de nacionalidad marroquí- como consecuencia de la no renovación del permiso de residencia al separarse de su esposa, de nacionalidad holandesa. El permiso de residencia tenía como única finalidad «vivir con su esposa holandesa», condición que debido al divorcio ya no se cumplía. El demandante, que había tenido una hija con su exmujer, manifestó que necesitaba un permiso de residencia independiente para poder cumplir sus obligaciones morales y legales de padre, solicitud que le

fue denegada por las autoridades holandesas. Ante el Tribunal Europeo afirmó que tal denegación violaba el artículo 8 del Convenio al impedirle seguir en relación con su hija. Sin permiso de residencia, el demandante fue despedido de su trabajo y expulsado de Holanda. Con posterioridad obtuvo un visado de un mes para ejercer su derecho de visita y después contrajo de nuevo matrimonio con su exmujer, concediéndosele un permiso de residencia en los Países Bajos *«para vivir con su esposa holandesa»* y *«trabajar durante este tiempo»*.

El Tribunal entendió que la expulsión supuso una injerencia en el derecho a la vida familiar del demandante que violaba el artículo 8 del Convenio, pues aunque la injerencia era legítima por estar prevista en la leyes y obedecer a la finalidad de defender el bienestar económico del país (se trataba de regularizar el mercado de trabajo debido a la densidad de la población)<sup>59</sup> no se consideró que fuera necesaria en una sociedad democrática. En este punto el Tribunal recuerda que *«la “necesidad” supone una injerencia fundada en una exigencia social imperiosa, y sobre todo proporcionada con el legítimo fin que se persigue»*. En el caso, la injerencia no se consideró así por el Tribunal. Tras valorar que el recurrente vivía y trabajaba en Holanda desde hacía muchos años y la existencia de lazos familiares reales al haberse casado con una holandesa y tener con ella una hija con la que mantenía lazos muy estrechos, que por su corta edad necesitaba seguir relacionándose con su padre, el Tribunal concluye que no se ha realizado un justo equilibrio entre los intereses en juego, y que ha existido desproporción entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido por las autoridades.

### 1.3. Finalidad de la medida de expulsión

Como he dicho antes, para que la injerencia de la medida en la vida familiar sea legítima debe estar fundada en alguno de los fines del apartado 2 del artículo 8 y ser necesaria en una sociedad democrática.

Por lo que atañe a los extranjeros, son muchos los casos en que la medida de expulsión obedece a la defensa del orden y a la prevención del delito. En ellos se legitima la injerencia del Estado en el derecho del ciudadano y lo que el Tribunal analiza es si la medida es compatible con el respeto a la vida familiar teniendo en consideración fundamentalmente dos

---

<sup>59</sup> Para el gobierno holandés la medida era necesaria por razones de orden público, en cuanto control de la situación de regularidad de los extranjeros en territorio nacional.

elementos: la gravedad de los delitos cometidos por el demandante sujeto a una orden de expulsión y el grado de arraigo en el país del que va a ser expulsado. La jurisprudencia pone de manifiesto el carácter casuístico de las decisiones del Tribunal en esta materia y que la valoración de las circunstancias por las que la expulsión de los extranjeros puede resultar contraria o no al respeto a la vida familiar garantizada por el artículo 8 del Convenio, no responde a criterios homogéneos debido al margen de apreciación de los Estados.

#### 1.3.1 Expulsión de extranjeros que han llegado al país de acogida siendo adultos

Respecto a la expulsión de extranjeros basada en la defensa del orden y en la prevención del delito y en cómo afecta a sus vidas familiares, se distingue entre extranjeros que han llegado al país de acogida siendo adultos y extranjeros de segunda generación, esto es, los que han llegado a dicho país siendo niños o han nacido en él. Son numerosos los casos en que el Tribunal ha tenido que estudiar si una medida legal y basada en la protección del orden y prevención del delito que afecta al desarrollo de la vida familiar del extranjero vulnera o no el artículo 8 del Convenio, centrando el examen en si esa medida es necesaria en una sociedad democrática. Para resolverlos ha valorado los distintos aspectos que -como ya he adelantado- fijó el Tribunal en la sentencia del caso Boultif contra Suiza, de 2 de agosto de 2001. En este caso el demandante, un extranjero que llegó a Suiza siendo adulto, alega, en virtud del artículo 8 del Convenio, que las autoridades suizas no habían renovado su permiso de residencia y, como consecuencia, fue separado de su esposa, que es una ciudadana suiza, de quien no cabe esperar que siga a su marido a Argelia. El demandante fue condenado a dos años de prisión incondicional por robo y daño a la propiedad y comenzó a cumplir su condena el 11 de mayo de 1998. El siguiente 19 de mayo, la Dirección de Asuntos Sociales y Seguridad del Cantón de Zurich se negó a renovar el permiso de residencia del demandante y los siguientes recursos contra esta decisión fueron rechazados ya que el Tribunal administrativo del mencionado Cantón consideró que la no renovación era necesaria en interés del orden y seguridad pública, y que aunque separase al demandante de su esposa, ellos podrían vivir juntos en otro país, o visitarse mutuamente. El Tribunal Federal, con ocasión de conocer de un recurso, entendió que no se vulneraba el artículo 8 de Convenio si las autoridades denegaban la renovación del permiso de residencia del demandante a la vista del delito grave que había cometido. En opinión de este Tribunal, la mayoría de la familia del demandante vivía en Argelia y no había demostrado tener lazos

especialmente estrechos en Suiza y aunque no fuese fácil para su esposa seguirle a Argelia no le resultaba imposible. La Oficina Federal de Extranjeros dictó una orden de expulsión del demandante con prohibición de entrar en Suiza a partir del 15 de enero de 2000.

El Tribunal Europeo recuerda que el Convenio no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país concreto. Pero expulsar a una persona de un país donde están viviendo miembros cercanos de su familia puede llegar a vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar tal como se garantiza en el artículo 8.1 del Convenio. La negativa a renovar el permiso de residencia del demandante en Suiza interfiere en su derecho al respeto de su vida familiar y tal injerencia vulneraría el Convenio si no cumpliera los requisitos previstos en el apartado 2 del mencionado artículo. Así, en primer lugar, la injerencia está prevista en la Ley, pues las leyes suizas en la materia establecen que el extranjero que esté casado con un ciudadano suizo tiene derecho a un permiso de residencia, pero este derecho expira si hay razones para su expulsión como, por ejemplo, si la persona en cuestión ha sido condenada por un delito. En segundo lugar, el Tribunal analiza si la injerencia perseguía un objetivo legítimo y llega al convencimiento de que la medida se tomó para la defensa del orden y la prevención del delito, dentro del sentido del artículo 8.2 del Convenio. Y en tercer lugar, el Tribunal tiene que determinar si la medida era necesaria en una sociedad democrática, es decir, proporcionada al objetivo legítimo que persigue. Recuerda que los Estados contratantes tienen la prerrogativa de controlar, en virtud de un principio de derecho internacional establecido y sin perjuicio de los compromisos que derivan de los tratados, la entrada y estancia de los no nacionales, y con este fin tienen el poder de deportar extranjeros condenados por delitos. Y para examinar si la medida es necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal valora aspectos ya enunciados antes relativos a la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, así como la conducta del demandante en ese período; las nacionalidades de las personas implicadas; la situación familiar del demandante, así como el tiempo que el matrimonio lleva unido y otros factores que expresen la realidad de la vida familiar de la pareja; si hay hijos en el matrimonio y, si los hay, su edad; y la gravedad de las dificultades que puede encontrar un cónyuge en el país de origen del otro.

Y valorados estos aspectos, el Tribunal entendió que no se puede esperar que ella -ciudadana suiza- siga a su marido a Argelia y concluyó que este



ha sido objeto de un grave impedimento para establecer su vida familiar, puesto que es prácticamente imposible para él desarrollarla fuera de Suiza. En consecuencia, la injerencia no es proporcional al objetivo que persigue y vulnera el artículo 8 del Convenio.

Esta sentencia fue objeto de un voto particular concordante que concede una particular importancia al hecho -para mí más valorable que las dificultades a las que podría enfrentarse la ciudadana suiza en Argelia- de que el delito fue cometido en abril de 1994 y que el demandante no ha cometido ningún delito más desde entonces y ahora parece que se ha rehabilitado, no encontrando que la gravedad del delito cometido -robo y daño a la propiedad- sea suficiente para hacer proporcionada la expulsión.

Lo mismo ocurre en la posterior sentencia de 24 de noviembre de 2009 dictada por el Tribunal en el caso *Omojudi* contra Reino Unido. El demandante es un nigeriano que lleva veintiséis años viviendo allí y que está casado con una persona de su misma nacionalidad con quien tiene tres hijos y una nieta británicos. Como consecuencia de su condena por diversos delitos -robo, estafa y agresión sexual- es expulsado a Nigeria. El Tribunal entiende que la expulsión del demandante interfiere en su vida familiar en lo relativo a su relación con la esposa y sus dos hijos menores y también en la relación con su hijo mayor y su nieta por los cercanos vínculos afectivos y de dependencia económica. Y que aunque la medida está prevista en la ley y persigue la defensa del orden y la prevención del delito, en cuanto si es necesaria en una sociedad democrática, además de valorar los criterios señalados en la anterior sentencia, el Tribunal expresa dos criterios que ya están implícitos en aquellos:

- los intereses y el bien de los hijos, en concreto, la gravedad de las dificultades que los menores podrían encontrar en el país al que el demandante va a ser expulsado y,
- la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino.

También valora que el demandante no es un delincuente habitual y que se le concedió un permiso de residencia indefinido tras su condena por delitos relativamente graves que implicaban engaño y fraude. Después de la obtención del permiso cometió el delito de agresión sexual con abuso de confianza (en su calidad de agente de vivienda tocó el pecho a una mujer

sin su consentimiento) por lo que fue condenado a quince meses de prisión. El Tribunal entendió que su conducta no era de las más graves entre las agresiones sexuales, porque la pena máxima correspondiente a estas es de diez años de prisión.

El Tribunal concede mucha importancia a la solidez de los lazos familiares del demandante en el Reino Unido y a las dificultades a las que la familia debería enfrentarse en caso de trasladarse a Nigeria, así como a la duración de su residencia y por ello concluye que la expulsión no era proporcionada al fin legítimo protegido.

### 1.3.2 Expulsión de delincuentes extranjeros menores de edad

También el Tribunal ha considerado desproporcionada la medida de expulsión de un delincuente extranjero menor de edad. Así lo declara en el caso Jakupovic contra Austria (sentencia de 6 de febrero de 2003) al entender que la prohibición de residir en Austria a un ciudadano bosnio durante diez años por haber sido condenado por la comisión de robos sin violencia interfiere con la vida familiar que desarrolla en ese país de acogida con su madre y hermano (habían emigrado a Austria durante la guerra de Bosnia). Concluye, como he indicado, que es desproporcionada en cuanto supone la separación del demandante, de dieciséis años de edad, de su familia. Y para ello se basa en la corta edad del demandante, la inexistencia de vínculos familiares en su país de origen y la circunstancia de que los delitos imputados no implicaron nunca el uso de la violencia. Para el Tribunal deben aportarse razones muy poderosas para justificar la expulsión de una persona de dieciséis años a un país que ha sufrido recientemente un conflicto armado (Bosnia) y donde no se ha constatado la existencia de familiares cercanos.

### 1.3.3 Expulsión de extranjeros de segunda generación

Una parte importante de las sentencias del Tribunal Europeo sobre expulsiones de extranjeros se refiere a inmigrantes de segunda generación, es decir, a personas que han nacido o vivido la mayor parte de sus vidas en el país del que van a ser expulsados. En estos casos, la medida de expulsión se ve agravada por el nulo vínculo entre la persona y el país al que se le va a expulsar, generando problemas de desarraigo.

### a) Expulsiones que vulneran el artículo 8

En el caso *Moustaquim* contra Bélgica (sentencia de 18 de febrero de 1991) el demandante alega que la expulsión de Bélgica supone violación del artículo 8 del Convenio. El gobierno belga justificaba la expulsión del demandante -marroquí que llegó a Bélgica con dos años y disfrutaba de un permiso de residencia- a su país de origen, Marruecos, en la necesidad de mantener el orden público a causa de los numerosos delitos cometidos por aquel en su adolescencia (fue condenado por veintiséis delitos de robo con circunstancias agravantes). Para el demandante, la injerencia no persigue ninguno de los fines legítimos del párrafo 2 del artículo 8, en particular la «*prevención de infracciones legales, y más ampliamente la defensa del orden*», ya que todas las conductas imputadas se remontan a su adolescencia y la medida no podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal Europeo, en la búsqueda del equilibrio entre los derechos del Estado parte y el derecho a la vida familiar del demandante, entiende que los delitos imputados al demandante se remontan a su adolescencia y el último delito por el que fue condenado era de diciembre de 1980, transcurriendo un plazo relativamente largo hasta la orden de expulsión que es de febrero de 1984; sus parientes más próximos -padres y hermanos- vivían en Bélgica desde hacía mucho tiempo; uno de sus hermanos había adquirido la nacionalidad belga y los tres menores habían nacido en Bélgica; el demandante tenía menos de dos años cuando llegó a Bélgica, habiendo recibido toda su enseñanza escolar en francés; y no ha vuelto a Marruecos más que en dos ocasiones durante las vacaciones. A la vista de estas circunstancias, el Tribunal concluye que no se ha guardado un justo equilibrio entre los intereses en juego, existiendo una desproporción entre el medio empleado y el fin legítimo protegido, lo que supone una violación del artículo 8.

En el mismo sentido de declarar la violación del artículo 8 se ha pronunciado el Tribunal en numerosas ocasiones por considerar la medida desproporcionada para la consecución de su objetivo. Son casos muy similares: *Beldjoudi* (sentencia de 26 de marzo de 1992), *Nasri* (sentencia 13 de julio de 1995), *Mehemi* (sentencia de 26 de septiembre de 1997), *Ezzouhdi* (sentencia de 13 de febrero de 2001<sup>60</sup>) y *Moranki* (sentencia de 15 de julio de 2003), todos contra Francia, y el posterior caso *Yilmaz* contra Alemania (sentencia de 17 de abril de 2003).

<sup>60</sup> Vid., una buena selección de fundamentos de Derecho de la sentencia *Ezzouhdi* en torno las medidas que suponen una injerencia en la vida familiar por MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidad personal y Familiar...*, cit., pp. 340-344, y un comentario de esta sentencia y otras sobre la misma temática, por GORDON, R., WARD, T., EICKE, T. *The Strasbourg case law: leading cases from the European Human Rights Reports*. London: Sweet & Maxwell, 2004.

El caso Yilmaz contra Alemania (sentencia de 17 de abril de 2003) trata de un ciudadano turco que nació en Alemania, donde ha vivido siempre con sus padres y sus hermanas. Fue condenado en diversas ocasiones por robo con circunstancias agravantes y posteriormente por agresión con lesiones graves y violencia sexual colectiva. Por la gravedad de esta última condena y por su condición de reincidente se adoptó su expulsión a Turquía y una orden de prohibición ilimitada de entrada en el territorio de Alemania. Mientras duró la tramitación de estas medidas, el demandante inició una relación sentimental con una ciudadana alemana y de esa unión nació un hijo, cuya paternidad ha reconocido.

Ante el Tribunal europeo, *Yilmaz* alega que tales medidas son contrarias a su derecho al respeto de la vida familiar. El gobierno demandado aduce que la medida se basa en razones de seguridad y orden público y en cuanto a la situación familiar del demandante en Alemania señala que era mayor de edad en el momento de la decisión, que habla turco, que sus abuelos viven en Turquía y que la relación con su compañera y madre de su hijo se inició en una época en la que sabía que debía abandonar Alemania y, en cuanto al hecho de haber nacido y crecido en Alemania y que sus padres y hermanas viven allí, el Estado alemán entiende que son circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta en la fijación de la duración de la orden de prohibición de entrada en el territorio, cuya limitación ha de solicitarse, cosa que el demandante aún no ha hecho y, en relación con su hijo, puede solicitar un permiso de residencia de corta duración a efectos de visitarlo.

El Tribunal Europeo constata que la expulsión supuso una injerencia en el derecho del demandante a su vida familiar, pues cuando la orden de prohibición de entrada en el territorio devino firme el demandante ya tenía un hijo con una ciudadana alemana, pero las medidas adoptadas estaban previstas en la ley y perseguían fines plenamente compatibles con el Convenio como son la defensa del orden y la prevención del delito. En cuanto a si eran «*necesarias en una sociedad democrática*», el Tribunal examina en primer lugar la situación familiar del demandante y constata que es un emigrante de segunda generación: nació en Alemania donde cursó todos sus estudios y donde gozaba de un permiso de residencia indefinido cuando se adoptó la medida; que es padre de un hijo nacido de una relación con una ciudadana alemana; y que sus padres y hermanas viven allí. En cuanto a su relación con su país de origen, el Tribunal señala que en Turquía solo tiene una abuela y que solo ha estado allí algunas

temporadas en vacaciones. En cuanto a la gravedad de los delitos cometidos por el demandante, el Tribunal señala que este era relativamente joven en la época de los hechos y que no fue condenado por delitos contra la Ley de estupefacientes, *«ámbito en el que el Tribunal concibe que los Estados contratantes den pruebas de gran firmeza respecto a los que contribuyen a la propagación de esa lacra»*. A la vista de todo ello, el Tribunal considera que la medida de expulsión del demandante no era en sí misma desproporcionada con los fines legítimos perseguidos por las autoridades internas. Sin embargo, el hecho de que fuese adoptada sin estar limitada en el tiempo, se considera una injerencia desproporcionada con los fines legítimos perseguidos, por lo que hubo violación del artículo 8 del Convenio.

El caso Monranki contra Francia (sentencia de 15 de julio de 2003) es muy similar al anterior. El demandante nació en Marsella, de padres argelinos y toda su familia reside en Francia. Acusado de diversos delitos menores (sobre todo hurtos), es condenado en 1992 por tráfico de estupefacientes, y las autoridades galas deciden su expulsión. El Tribunal analiza si tal medida respeta un justo equilibrio entre los intereses en presencia, constatando que la situación privada y familiar del demandante es de inmigrante de segunda generación. Recordando los criterios elaborados en el caso *Boultif*, el Tribunal observa que su relación con una mujer de nacionalidad francesa es posterior al procedimiento de expulsión, aunque para examinar la cuestión de si el demandante tenía una vida familiar según el artículo 8 se fija en la fecha de la expulsión definitiva, que es la fecha de la sentencia del Consejo de Estado, enero de 1999, tiempo en el que la relación duraba ya cuatro años. Cuando el Tribunal examina si la pareja puede establecer una vida familiar lejos de Francia, constata la ausencia de lazos con otros países distintos de Francia y Argelia y las dificultades de integración en este último país (incluso no es razonable esperar que la esposa, de nacionalidad francesa y sin ningún lazo en Argelia, decida seguirle), así como la existencia de serios obstáculos para instalarse en un tercer país dada la naturaleza del delito. Todos estos datos y la intensidad de los lazos personales del demandante con Francia son suficientes para que el Tribunal concluya que la medida de expulsión no es proporcionada con los fines perseguidos, vulnerándose así el artículo 8 del Convenio.

Por último, en el caso Maslov contra Austria (sentencia de 22 de marzo de 2007) el Tribunal declara que la prohibición de residencia del demandante viola su derecho al respeto de su vida familiar. Este nació en Bulgaria, llegó a Austria a la edad de seis años y cuando la prohibición de

residencia devino firme llevaba viviendo allí doce años con sus padres y hermanos, habla alemán y recibió toda su educación escolar en Austria. Fue condenado a dieciocho meses de prisión por la comisión de varios delitos de robo con agravantes cometidos en grupo, uso no autorizado de vehículo, extorsión, amenazas y agresiones y el Tribunal, aunque no niega que los delitos cometidos por el demandante fuesen de cierta gravedad, destaca que los cometió a la edad de catorce y quince años, en un período difícil de adolescencia y que son típicos ejemplos de delincuencia juvenil y, salvo una excepción, no implicaron actos de violencia. Tras su puesta en libertad, no volvió a delinquir, lo que el Tribunal valora positivamente en el sentido de que mitiga el temor de que pueda constituir un peligro para el orden público y la seguridad. Y en cuanto a la valoración de los vínculos familiares, sociales y culturales del demandante en Austria, se consideran sólidos pues pasó allí su infancia y juventud y viven sus familiares cercanos. Por otra parte, carece de vínculos en Bulgaria y desconoce el idioma búlgaro. Atendidas todas estas circunstancias, el Tribunal concluye que la prohibición de residencia de diez años de duración es desproporcionada respecto al fin legítimo que persigue y que ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

En definitiva, del examen de las sentencias anteriores se puede concluir que la expulsión y prohibición de residencia de un extranjero que no ha fundado aún su propia familia en el país de acogida vulnera el artículo 8 del Convenio cuando se dan las siguientes circunstancias:

1.- Que se trate de extranjeros que hayan llegado al país de acogida siendo niños, donde han sido escolarizados y aprendido su lengua.

2.- Que en la adolescencia hayan cometido delitos de cierta gravedad, que el Tribunal entiende como típicos ejemplos de delincuencia juvenil, pero no actos de violencia extrema como serían violaciones o robos a mano armada, o delitos de tráfico de drogas, pues en estos casos el Tribunal entiende que *«los Estados contratantes den pruebas de gran firmeza respecto a los que contribuyen a la propagación de esa lacra»*.

3.- Que tras estos hechos, hayan observado una buena conducta durante un periodo considerable que disminuye el temor de que puedan constituir un peligro para el orden público y la seguridad.

4.- Que los vínculos culturales y familiares con el país de acogida sean mayores que con su país de origen, pues muchos ni siquiera hablan el idioma del país de su nacimiento y no tienen parientes cercanos.

#### b) Expulsiones que no vulneran el artículo 8

También son muchos los casos en que, habiendo estado el demandante toda o la mayor parte de su vida en un país, con lazos familiares cercanos, el Tribunal declara, por el contrario, que la medida de expulsión no supone violación del artículo 8: entre otros, *Boughanemi* (sentencia de 24 de abril de 1996), *Bouchelkia* (sentencia de 29 de enero de 1997), *Boujaïdi* (sentencia de 26 de septiembre de 1997), *Boujlifa* (sentencia de 21 de octubre de 1997), *Dalia* (sentencia de 19 de febrero de 1998), *Benhebba* (sentencia de 10 de julio de 2003) y más recientemente *Aoulmi* (sentencia de 17 de enero de 2006), todos contra Francia.

Estas soluciones opuestas provocan que la doctrina jurisprudencial venga acompañada de un alto número de votos particulares que entienden que los demandantes, inmigrantes de segunda generación, deberían ser asimilados a todos los efectos a los nacionales, siendo así imposible su expulsión.

El caso Benhebba contra Francia (sentencia de 10 de julio de 2003) trata de una persona que nació en Argelia y llegó a Francia a los dos años, según él, y a los cinco, según el gobierno francés. En 1988 es condenado a dieciocho meses de cárcel por robo con fuerza en las cosas, y después a diversas penas. En 1994 es detenido con dos kilogramos de resina de cannabis, imponiéndosele una medida de prohibición de estancia en el territorio nacional durante diez años. El demandante acude al Tribunal Europeo alegando que tal medida vulnera su derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8. Por su parte, el gobierno reconoce que la medida de prohibición adoptada contra el demandante constituye una injerencia en su derecho a la vida privada y familiar, pero dada la gravedad del delito de tráfico de estupefacientes y que era soltero sin hijos, nada le impedía instalarse en Argelia. El Tribunal constata la injerencia, que está prevista en la ley y que persigue la defensa del orden y la prevención de los delitos. En cuanto a si es necesaria en una sociedad democrática, atiende en primer lugar a la situación privada y familiar del demandante, que llegó a Francia con cinco años y allí se escolarizó. El Tribunal recuerda los criterios –antes expuestos– establecidos en su

sentencia dictada el 2 de agosto de 2001 en el caso *Boultif* contra Suiza (relativa a un extranjero que había llegado al territorio de un Estado siendo adulto) y entiende que deben ser utilizados para los inmigrantes de la segunda generación o los extranjeros llegados en su adolescencia cuando han creado una familia en su país de acogida. Y como en este caso no se ha probado la existencia de vida marital previa a la aparición del problema, valorados la gravedad de los delitos y el carácter temporal de la medida, aunque el demandante y su familia vivan en Francia y el único vínculo con su país de origen sea la nacionalidad, el Tribunal recuerda que las relaciones entre adultos no se benefician necesariamente de la protección del artículo 8 del Convenio y concluye que la medida era proporcionada a las finalidades perseguidas, y por tanto, que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

En esta sentencia se recoge la opinión disidente de dos de los jueces que forman Sala –*Cabral Barreto* y *Kuris*–, que entienden que la injerencia de la medida en la vida familiar del demandante sí es desproporcionada con el fin que persigue, pues el señor *Benhebb*a es un inmigrante de la segunda generación, un «casi francés», cuyos lazos familiares, sociales, profesionales y culturales se encuentran en Francia y el único vínculo que le une con su país de origen es la nacionalidad. Teniendo en cuenta la intensidad de las relaciones personales del demandante con Francia y la ausencia de otros vínculos con Argelia diferentes a la nacionalidad, entienden que debió concluirse que la medida en litigio era desproporcionada a las finalidades perseguidas y que ni el comportamiento del demandante ni la gravedad de los hechos podrían justificarla, suponiendo por tanto la misma una violación del artículo 8.

Esta opinión disidente se apoya en la sentencia dictada el 26 de marzo de 1992, en el caso *Beljoudi* contra Francia. En este caso, el Tribunal estima que la ejecución de la medida de expulsión constituye una injerencia en la vida familiar del demandante. Entiende el Tribunal que un Estado debe tener en cuenta las consecuencias de la medida de expulsión, especialmente cuando la persona afectada no habla la lengua de su país de origen y no tiene en él ningún vínculo familiar o social (el demandante nació en Francia y ha vivido siempre allí, no manteniendo con Argelia otros vínculos que el de la nacionalidad. Está casado con una francesa que si siguiera a su marido tras la expulsión, habría de residir en el extranjero, sin duda en Argelia, cuya lengua y costumbres también ignora, teniendo graves dificultades de adaptación que pondrían en peligro la unidad del matrimonio). Y además tiene una niña, de nacionalidad francesa, escolarizada en Francia cuya adaptación en una sociedad tan diferente



podría retrasar su desarrollo educativo y social. En este caso es más grave el daño que se va a causar que el que se intenta remediar y la expulsión conduce a una situación de tal rigor que sólo en supuestos excepcionales puede considerarse proporcionada con el objeto perseguido según el artículo 8.2, por lo que la injerencia en la vida familiar de estas tres personas no es proporcionada al objetivo buscado y por tanto no se justifica en el párrafo 2, violando pues el artículo 8 del Convenio. Esta valoración de su arraigo y la situación de su esposa pesan más que la gravedad de las infracciones penales que causan la expulsión (seis condenas penales con un total de doce años de prisión de los que ha cumplido más de siete).

También en esta sentencia se recoge la opinión del juez *Martens*, que entiende que la prohibición de expulsión de los nacionales debería hacerse extensiva a los extranjeros totalmente integrados en el país de acogida, de forma que sólo en supuestos auténticamente excepcionales pudieran ser expulsados. Se trata de extranjeros que han nacido y han crecido en un Estado miembro, o que están allí por otro motivo, como una larga residencia, y se encuentran totalmente integrados, y, en consecuencia, por completo separados de su país de origen. Algunos solo mantienen el vínculo de la nacionalidad, que no constituye una justificación objetiva y razonable para una diferencia en cuanto a la posibilidad de expulsar a alguien de lo que considera su «propio país». Y por esta asimilación debería aplicarse el artículo 3.1 del Protocolo 4, que dispone: «*Nadie podrá ser expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional*», así como el artículo 12.4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que dispone: «*Nadie puede ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país*». La aplicación de estos principios abogaría igualmente a favor de una motivación centrada sobre una violación del derecho al respeto de la vida privada, porque si bien todos los «extranjeros integrados» amenazados de expulsión no tienen vida familiar, todos tienen una vida privada.

El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse más recientemente en un caso relativo a un inmigrante de segunda generación y no aplica la doctrina de la asimilación a los nacionales y sí los criterios que viene aplicando desde que los estableció en la sentencia *Boultif*. Es el caso *Aoulmi* contra Francia (sentencia de 17 de enero de 2006), que trata de un ciudadano argelino que llegó a Francia con sus padres cuando tenía cuatro años, tiene seis hermanos nacidos en Francia, todos ellos de nacionalidad francesa, y una hija. El demandante fue condenado por varios delitos a pena de prisión y a la prohibición de entrada definitiva en el territorio francés por delito contra la legislación sobre estupefacientes, acordándose

su expulsión a Argelia. El demandante alega ante el Tribunal Europeo que su expulsión a ese país es contraria al artículo 8 del Convenio ya que toda su familia, padres, hija, hermanos, tíos, etc, vive en Francia y el no tiene ningún vínculo familiar en Argelia, en donde además no ha estado nunca. El gobierno demandado no discute que la medida constituya una injerencia en el derecho al respeto de su vida familiar, pero subraya que estaba prevista por ley, que perseguía el fin legítimo de la defensa del orden público, la prevención del delito y la protección de la salud pública y que era necesaria en una sociedad democrática, en cuanto proporcionada al fin legítimo protegido debido al historial penal del demandado. Y así lo entiende también el Tribunal Europeo: pese a la intensidad de los vínculos personales del demandante con Francia (no obstante, el Tribunal constata que cuando la medida en litigio fue definitiva, el matrimonio del demandante llevaba tres años disuelto y su hija tenía dieciséis años, sin que aquél haya precisado la naturaleza de las relaciones con ella), el comportamiento del demandante y la gravedad de los hechos que se le imputan (tráfico de heroína, entre otros) hacen que la medida sea proporcionada a los fines perseguidos, sin que, por tanto, haya habido violación del artículo 8 del Convenio.

#### 1.3.4 Expulsión de delincuente extranjero disminuido físico y psíquico

Distinto es el caso de la adopción de una medida de expulsión que resultó contraria al Convenio por la condición de disminuido físico y psíquico del delincuente extranjero. Es el caso Nasri contra Francia (sentencia de 13 de julio de 1995), en el que el Tribunal, aun existiendo muy serios antecedentes delictivos como fundamento de la orden de expulsión (el demandante fue condenado por la comisión de varios delitos, entre ellos una violación), declara la medida contraria al Convenio, no tanto por la existencia del arraigo en territorio francés sino sobre todo por su condición de disminuido físico y psíquico y la especial importancia del medio familiar en esta circunstancia. El Tribunal, tras constatar que la orden de expulsión está prevista por ley y persigue un fin legítimo (defensa del orden y prevención del delito), examina si la medida era necesaria en una sociedad democrática. Y tras recordar, como en otras ocasiones, la competencia de los Estados en materia de control de inmigración sin perjuicio de los compromisos internacionales suscritos, insiste en que la decisión de expulsión, en la medida en que podría vulnerar un derecho protegido por el artículo 8, debe ser justificada en una necesidad social imperiosa, y especialmente proporcionada al fin legítimo perseguido. El Tribunal toma en consideración la situación personal del demandante (sordomudo, analfabeto, sin vinculación con Argelia) y la importancia de la

familia en un caso como este. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Tribunal estima que si se ejecuta la decisión de expulsión, la injerencia sería desproporcionada al fin legítimo perseguido y supondría una violación del artículo 8 del Convenio. En el voto concurrente del Juez Morenilla se recoge la opinión ya expuesta de que el tratamiento administrativo o penal de los extranjeros que denomina integrados no debería ser distinto al de los nacionales y que al prever una sanción adicional como es la expulsión está estableciendo una agravante claramente discriminatoria.

### 1.3.5 Expulsión que afecta a relaciones entre adultos

El Tribunal ha declarado que las relaciones no matrimoniales entre adultos sólo se beneficiarían del derecho a la vida familiar si concurren elementos complementarios de dependencia aparte de los lazos afectivos normales.

En el caso Ezzouhdi contra Francia (sentencia de 13 de febrero de 2001) las circunstancias son muy similares a las de otros asuntos ya vistos por el Tribunal: magrebí con intenso arraigo en el país de acogida, Francia, en el que delinque; con su país natal sólo tiene el vínculo de la nacionalidad; y es soltero y no tiene hijos, aunque sí madre y hermanos en dicho país. El Tribunal recuerda que las relaciones entre adultos no gozan necesariamente de la protección del artículo 8 si no se demuestra la existencia de elementos complementarios de dependencia distintos a los vínculos afectivos. El demandante no ha demostrado mantener relaciones estrechas con sus hermanos y aunque reside en la casa de su madre, no se puede considerar que exista entre ellos elementos particulares de dependencia. Pese a ello, el Tribunal considera que la medida de prohibición definitiva de residencia en territorio francés no es proporcional a los fines legítimos perseguidos, pues los delitos cometidos por el demandante no permiten concluir que este sea una amenaza grave para el orden público y, por tanto, considera que hubo violación del artículo 8.

También en el caso Radovanovic contra Austria (sentencia de 22 de abril de 2004) el Tribunal acepta la existencia de vínculos familiares entre un mayor de edad y sus padres. En este caso el demandante no es un inmigrante de segunda generación, sino un montenegrino nacido en Viena que residió allí hasta los siete meses de edad. Después el niño fue criado hasta los diez años por sus abuelos en la antigua Yugoslavia. A la muerte de estos volvió con sus padres a Austria, donde continuó viviendo. En su adolescencia cometió un par de robos y por esa razón le fue impuesta la

prohibición de residir en el país durante un tiempo ilimitado. Para el Tribunal, tal medida era excesivamente rigurosa y habría bastado con una medida que afectara menos a su vida familiar, como una prohibición de residencia de duración limitada, considerándola desproporcionada al fin perseguido en las circunstancias del caso: el demandante no tiene familiares en el país de su nacionalidad, los delitos cometidos son de poca gravedad y no causan alarma social (sí la causan –como hemos tenido ocasión de comprobar- los delitos relacionados con el tráfico de drogas) y sus lazos familiares son mayores en Austria que en la antigua Yugoslavia (puntos 34-36 de la sentencia), vulnerándose, por tanto, el artículo 8 del Convenio.

#### 1.4 La expulsión y el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes

Son frecuentes los casos en que los recurrentes consideran que la expulsión supone, además de una vulneración de su derecho a la vida familiar, un riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en el país al que son expulsados, contrarios al artículo 3 del Convenio y también al artículo 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que *«Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos»*.

El Tribunal tiene establecido en estos casos que una vez que se declara la vulneración del artículo 3, no es necesario entrar a analizar si su expulsión implica también violación de su derecho a la vida familiar, siendo sólo preciso hacerlo si se rechaza que la medida suponga trato inhumano y degradante.

Siguiendo a CLARO QUINTÁNS<sup>61</sup>, *«A partir sobre todo del paradigmático asunto Chahal contra Reino Unido<sup>62</sup>, el Tribunal de Estrasburgo exige dos requisitos para aplicar el artículo 3 del CEDH en los casos de expulsión de un extranjero a un tercer país. En primer lugar, un riesgo real de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes.....En segundo lugar, la aparición de motivos fundados para creer que existe el riesgo mencionado»*.

---

<sup>61</sup> CLARO QUINTÁNS, Irene. *¿Existe el limbo? El caso de los solicitantes de asilo que representan una amenaza para la comunidad*. VI Encuentro internacional de Investigadores en materia de Inmigración y Asilo, Valencia, 14 y 15 de junio de 2012. En: [http://www.Idh.uv.es/migralaw/PDF/Irene\\_Claro.pdf](http://www.Idh.uv.es/migralaw/PDF/Irene_Claro.pdf) [Consulta: 2 de septiembre de 2013].

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de noviembre de 1996.

La misma autora nos indica otros dos supuestos que matizan las decisiones de expulsión: *«Además se presta atención al perfil político de la persona, porque si participa en actividades contrarias a los intereses de un Estado de destino caracterizado por sus problemas persistentes con violaciones de derechos humanos, mayor será el riesgo de sufrir un trato contrario al artículo 3 del CEDH. En este sentido, en el asunto Chamaïev y otros contra Georgia y Rusia<sup>63</sup> la ausencia de un elevado nivel de implicación política debilita su solicitud.*

*Por último, en determinados casos el riesgo de ser condenado a la pena de muerte en el Estado de destino puede constituir un motivo fundado. A pesar de que el artículo 3 del Convenio no prohíbe la pena de muerte, éste puede comprender las demás circunstancias que rodean a la pena capital. Entre ellas, la forma en que se pronuncia la condena a pena de muerte o se aplica; la proporcionalidad con la gravedad del delito; las condiciones de detención en el llamado “corredor o pasillo de la muerte”, y la actitud de los Estados Parte en el Convenio de Roma de 1950 hacia la pena de muerte o la edad del detenido<sup>64</sup>».*

En el ya analizado caso Nsona contra Países Bajos (sentencia de 28 de noviembre de 1996), las demandantes alegaron que la denegación de acceso al territorio holandés de la niña suponía un riesgo de tratos contrarios al artículo 3 al ser el destino de la expulsión Zaire (actualmente República Democrática del Congo) y no haber nadie allí que pudiese hacerse cargo de ella. Esta alegación no se tomó en consideración pues el Tribunal entendió que la ejecución de la medida de expulsión de Holanda no hizo padecer a la interesada sufrimientos que puedan justificar los calificativos de tratos inhumanos o degradantes. El Tribunal ha declarado que, para aplicarse el artículo 3 del Convenio, *«un mal trato debe alcanzar un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es relativa por esencia; depende del conjunto de datos del caso, y especialmente de la naturaleza y del contexto del tratamiento de que se trate, así como de sus modalidades de ejecución, de su duración, de sus efectos físicos o mentales, así, como en ocasiones, del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima»*. Y en este caso no se ha presentado ninguna prueba en apoyo de la vaga afirmación según la cual la niña podría sufrir malos tratos por parte de las autoridades de su país y las modalidades de la repatriación no constituyen un trato de tal naturaleza que justifique los calificativos de

<sup>63</sup> A pesar de ello, el Tribunal consideró que se había producido una violación del citado artículo en once de los demandantes, chechenos rusos que iban a ser deportados desde Georgia a Rusia (sentencia de 12 de abril de 2005, para. 351). En sentido contrario, en el asunto *Venkadjalasarma* contra Holanda (sentencia de 17 de febrero de 2004), el Tribunal entendió, tras examinar las actividades que realizaba el demandante (acusado de pertenecer a los Tigres Tamiles), que su expulsión no violaba el artículo 3 del CEDH.

<sup>64</sup> Asunto *Soering* contra Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989.

«inhumanos o degradantes», tales como estos deben ser entendidos en el contexto del artículo 3 del Convenio, por lo que el Tribunal valoró que la expulsión de la niña no era contraria a dicho artículo. Y como ya he examinado antes, tampoco entendió que la expulsión vulnerara el derecho al respeto de la vida familiar.

También el Tribunal consideró que la medida de expulsión del territorio inglés de una ciudadana ugandesa no vulneraba el artículo 3 del Convenio. En el caso Nnyanzi contra Reino Unido (sentencia de 8 de abril de 2008) el Tribunal examina las circunstancias individuales de la demandante a la luz de la actual situación general en Uganda y toma en consideración informes de asociaciones internacionales independientes de protección de derechos humanos, como Amnistía Internacional, y otras pruebas específicas aportadas por la demandante. El Tribunal considera que no se han establecido unos fundamentos sólidos para creer que, en el caso de ser expulsada, la demandante se expondría a un peligro real de tortura o trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio. Determinado así que la expulsión no vulnera dicho artículo, el Tribunal pasa a examinar si supone una violación del artículo 8 en el sentido de que la expulsión afecta a su vida privada pues mantiene una relación estrecha con su Iglesia y una relación íntima con un amigo que espera que prospere. El Tribunal estima que la expulsión a Uganda está prevista por la ley, persigue el fin legítimo del cumplimiento del control de la inmigración y no constituye una injerencia desproporcionada. Considera que la demandante no tiene arraigo y nunca se le ha concedido un derecho a permanecer en el Estado demandado. Tampoco acoge las alegaciones sobre su mala salud y sus efectos en su integridad física y moral, por lo que declara que no se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio.

Sin embargo, en las sentencias de los casos Saadi (28 de febrero de 2008) y Sellen (5 de mayo de 2009), ambos contra Italia, el Tribunal considera que la expulsión de los demandantes a Túnez sí vulnera el artículo 3 del Convenio porque:

- Existen textos internacionales que recogen numerosos y regulares casos de tortura y malos tratos infligidos en Túnez a personas sospechosas o reconocidas culpables de terrorismo, como es el caso de los demandantes.
- Estos textos describen una situación preocupante.

- Las visitas del Comité internacional de la Cruz Roja a los centros de detención tunecinos no disipan el riesgo de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del Convenio.

- Las garantías diplomáticas no son suficientes cuando la ausencia de peligro de malos tratos no está firmemente probada.

Al declarar que la medida de expulsión vulnera el artículo 3 del Convenio, el Tribunal no entra a examinar si hay vulneración del derecho al respeto de la vida familiar.

### 1.5 Afectación de la vida familiar por la disolución de la Unión Soviética

Finalmente, el Tribunal ha tenido ocasión de conocer casos originados por la sucesión de Estados tras la disolución de la Unión Soviética y las consecuencias que tuvo en la nacionalidad de las personas, dando lugar incluso a la aparición de un buen número de apátridas.

En el caso *Slivenko* contra Letonia (sentencia de 9 de octubre de 2003) dos antiguas residentes en dicho país, *Tatjana y Karina Slivenko*, madre e hija, alegan que su alejamiento de Letonia vulneró el artículo 8 del Convenio. Las dos demandantes son de origen ruso. *Tatjana* nació en Estonia, hija de un militar de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), instalándose sus padres en Letonia cuando ella contaba con un mes de edad y siempre ha vivido allí. Conoció a su esposo, *Nicolai Slivenko*, que llegó a Letonia en 1977 como militar del Ejército de la URSS, se casaron y tuvieron una hija, Karina, que nació y vivió siempre en Letonia.

Cuando en 1991 Letonia recupera su independencia respecto de la URSS, las dos demandantes, así como los padres de la primera de ellas, fueron inscritos en el Registro de Residentes Letones como ciudadanos de la ex Unión Soviética. El Tratado concluido entre Letonia y Rusia sobre la retirada de las fuerzas armadas rusas se firmó en Moscú el 30 de abril de 1993 e imponía a todos los militares rusos que seguían sirviendo en el Ejército a fecha de 28 de enero de 1992 que abandonaran Letonia con sus familias.

*Nicolai* se estableció en Rusia, mientras que las demandantes permanecieron en Letonia. En agosto de 1996, los servicios letones de inmigración acuerdan la expulsión de las dos demandantes, decisión que estas recurren alegando que eran residentes permanentes en Letonia y que no podían ser objeto de una medida de alejamiento. Pero sus pretensiones fueron desestimadas basándose en el hecho de que *Nicolai* había sido desmovilizado después del 28 de enero de 1992 y las demandantes, como parientes de éste, debían haber abandonado igualmente Letonia en aplicación del Tratado. Las demandantes señalaron que Letonia era su patria, que habían pasado en ella toda la vida y no poseían la nacionalidad de ningún otro país; además, debían ocuparse de los padres discapacitados de la primera demandante, residentes permanentes en Letonia. A pesar de ello, fueron detenidas y conducidas a un centro de detención para inmigrantes en situación ilegal e informadas de que debían abandonar Letonia inmediatamente, y de que si lo hacían de forma voluntaria podrían con posterioridad beneficiarse de un visado que les permitiría residir en el país noventa días al año. Las demandantes emigran a Rusia, donde se reencuentran con *Nicolai*, y en el año 2001 adoptan la nacionalidad rusa como ex ciudadanas de la URSS. Los padres de la primera demandante permanecieron en Letonia bajo el estatus de «ciudadanos de la ex Unión Soviética» y no pudieron ser visitados porque la orden de expulsión prohibía la entrada en Letonia a las dos mujeres durante cinco años. Después, disfrutaron de visados que les permitieron permanecer en Letonia un máximo de 90 días al año.

Ante el Tribunal Europeo las demandantes alegan que su alejamiento de Letonia implica la violación de su derecho al respeto de su vida privada, de su vida familiar y de su domicilio.

Para el gobierno demandado, suponiendo que su alejamiento hubiese constituido una injerencia en estos derechos, dicha medida cuadraría con el derecho interno y el Tratado ruso-letón sobre la retirada de las fuerzas armadas rusas. Además, la injerencia perseguía fines legítimos como la protección de la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención de los delitos, y era necesaria en una sociedad democrática, conforme al segundo apartado del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal recuerda que en la jurisprudencia relativa a las medidas de expulsión y de extradición, la noción de vida familiar se interpreta englobando la vida familiar efectiva (limitada normalmente al núcleo familiar) establecida en el territorio de un Estado parte por extranjeros que



permanecen en él legalmente. Señala además que, en su jurisprudencia, siempre ha analizado la expulsión de residentes de larga duración, tanto desde el punto de vista de la «vida privada» como de la «vida familiar», concediendo para ello cierta importancia al grado de integración social de los interesados. Aunque es evidente que las demandantes tenían una vida familiar establecida en Letonia, las medidas de alejamiento no truncaban la vida familiar ya que se expulsó a toda la familia, *Nicolai, Tatjana y Karoma*, en el marco de la ejecución del Tratado ruso-letón sobre la retirada de las fuerzas armadas rusas, y parece claro que el Convenio, a la luz de la jurisprudencia antes señalada, no confiere a las demandantes el derecho a escoger en cuál de los dos países, Letonia o Rusia, proseguirían o establecerían una vida familiar efectiva. Además, las interesadas no pueden invocar la existencia de una vida familiar a propósito de los padres de la primera demandante ya que se trataba de adultos que no formaban parte del núcleo familiar y de los que no se ha demostrado que estuviesen a cargo de la familia de las demandantes, aunque el Tribunal tiene en cuenta estos vínculos desde el punto de vista de la vida «privada» de las interesadas en el sentido del artículo 8.1 del Convenio.

El Tribunal considera que la injerencia está prevista por la ley letona y por el tratado bilateral sobre repliegue de las tropas rusas y que responde a la protección de la seguridad nacional, fin legítimo en virtud del artículo 8.2 del Convenio. Y al analizar si la medida es necesaria en una sociedad democrática, recuerda que una medida que constituye una injerencia en el ejercicio de derechos garantizados por el artículo 8.1 del Convenio puede ser considerada necesaria en una sociedad democrática si ha sido adoptada para responder a una necesidad social imperiosa y si los medios empleados son proporcionales a los fines perseguidos, gozando las autoridades internas de cierto margen de valoración. La tarea del Tribunal consiste en determinar si las medidas en cuestión respetaron el justo equilibrio entre los intereses valorables de las partes. El hecho de que el Tratado ruso-letón previera la salida de todos los militares que, después del 28 de enero de 1992, estuviesen bajo la jurisdicción de Rusia, incluidos aquellos que habían sido desmovilizados antes de la entrada en vigor del Tratado, y que se obligara asimismo a los parientes de los militares a abandonar el país no es criticable desde el punto de vista del Convenio, y en particular del artículo 8. En efecto, se puede considerar que dicho arreglo fue respetuoso con la vida familiar de las personas afectadas ya que no vulneraba la unidad familiar y obligaba a Rusia a admitir en su territorio al conjunto de sus miembros, cualesquiera que fuesen el origen y la nacionalidad de cada uno. Pero, en la medida en que la retirada de las fuerzas armadas rusas constituye una injerencia en el derecho de las personas afectadas al respeto

de su vida privada y de su domicilio, para mantener un equilibrio justo entre los intereses opuestos del individuo y la sociedad, el alejamiento no debe llevarse a cabo si no es proporcional al fin legítimo perseguido.

El gobierno demandado afirma que las demandantes no estaban suficientemente integradas en la sociedad letona, pero a este respecto el Tribunal, tras señalar que han pasado casi toda su vida en Letonia, que están integradas en la sociedad civil con lazos personales, sociales y económicos sin relación con su condición de parientes de militares soviéticos (luego rusos) ya que vivían, estudiaban y trabajaban fuera de acuartelamientos o establecimientos militares, considera que, en la época de los hechos, las demandantes estaban suficientemente integradas en la sociedad letona. Tampoco admite el Tribunal que las demandantes fuesen consideradas una amenaza para la seguridad nacional de Letonia porque pertenecieran a la familia del padre de la primera demandante, militar de la antigua URSS retirado desde 1986, al que tampoco se le consideraba un peligro. En consecuencia, teniendo en cuenta el conjunto de las anteriores circunstancias, el Tribunal considera que las autoridades letonas excedieron el margen de apreciación de que gozan los Estados contratantes en dicho ámbito y que no mantuvieron un equilibrio justo entre el fin legítimo que constituye la protección de la seguridad nacional y el interés de las demandantes en que se protejan sus derechos en virtud del artículo 8, por lo que no se puede concluir que la medida de alejamiento fuese necesaria en una sociedad democrática y, en consecuencia, hubo violación del artículo 8 del Convenio.

Por su parte, el caso Sisojeva y otros contra Letonia (sentencia de 16 de junio de 2005) se refiere también a la alegación de vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8. La Administración letona no regularizó la estancia de los demandantes en Letonia, pese a la larga duración de su residencia en dicho país, debido a la fragmentación de la URSS y la restauración de la independencia en Letonia en 1991. El Tribunal reconoce que los demandantes tienen una vida familiar establecida en Letonia, pero la situación que denuncian no afecta a esta, sino a la vida privada, como en el caso anterior de *Slivenko*.

El Tribunal reconoce que tal injerencia está prevista en la ley y persigue el fin legítimo de la defensa del orden, pero entiende que no es necesaria en una sociedad democrática.

No lo es porque no es proporcional al fin legítimo perseguido: los demandantes, si bien no son de origen letón, han pasado toda o casi toda su vida en Letonia, estableciendo unas relaciones personales, sociales y económicas fuertes que demuestran que están suficientemente integrados en la sociedad letona. Sólo unas razones particularmente graves -que no se han aportado en este caso- podrían justificar la denegación de la regularización. En estas circunstancias, el Tribunal considera que las autoridades letonas superaron el margen de apreciación de que gozan los Estados contratantes en este ámbito y que no mantuvieron un equilibrio justo entre el fin legítimo que constituye la defensa del orden y el interés de los demandantes en que se protejan sus derechos en virtud del artículo 8, por lo que concluye que la injerencia no fue necesaria en una sociedad democrática, y, por lo tanto, hubo violación del artículo 8 del Convenio.

## 2. EL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR COMO OBLIGACIÓN POSITIVA DEL ESTADO

Examinado en el apartado anterior el derecho al respeto de la vida familiar como obligación negativa, esto es, como la obligación del Estado de no interferir en la vida familiar, salvo que la injerencia esté prevista en la ley, persiga alguno de los fines legítimos vistos y sea necesaria en una sociedad democrática, el respeto al derecho a la vida familiar como obligación positiva supone la adopción por los Estados de medidas positivas que garanticen el ejercicio efectivo por los ciudadanos del artículo 8 del Convenio.

El primer reconocimiento explícito de esta obligación se produjo en la ya analizada sentencia del caso Marckx contra Bélgica (sentencia de 13 de junio de 1979), en la que el Tribunal establece que el artículo 8 del Convenio, tras proclamar en el párrafo primero el derecho al respeto a la vida familiar, dispone que el Estado no puede interferir en el ejercicio de ese derecho más que de acuerdo con los términos que establece el párrafo segundo del mismo artículo y que el objeto de tal artículo es esencialmente la protección del individuo frente a interferencias arbitrarias del poder público. No obstante –continúa diciendo la sentencia-, el Estado «*no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica*».

### 2.1 Supuestos de residencia y reagrupación familiar

La obligación positiva de los Estados de procurar la efectividad del derecho al respeto de la vida familiar se ha puesto de manifiesto en los supuestos de reagrupación familiar<sup>65</sup>.

La primera ocasión en que el Tribunal analiza una demanda de este tipo fundada en el artículo 8 del Convenio se produce en el citado caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido (sentencia de 28 de mayo de 1985). Tres demandantes extranjeras residentes legales en el Reino Unido se quejan de que sus maridos no fueron autorizados a residir legalmente con ellas en este país, vulnerando así el derecho al respeto de su vida familiar del artículo 8, considerado aisladamente, y en relación con el artículo 14 como consecuencia de la discriminación basada en el sexo, la raza y, en el caso de una de las tres demandantes, en el nacimiento.

Este caso supone la adopción de una serie de decisiones importantes en la materia, aunque en rigor no es propiamente un caso de reagrupación familiar, pues sus matrimonios habían sido posteriores a su entrada en el Reino Unido.

En cuanto a las invocaciones del artículo 8, examinado aisladamente, el Tribunal precisó lo que sigue:

*«Aunque el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede además generar obligaciones positivas inherentes a un efectivo “respeto” a la vida familiar [...] Sin embargo, la noción de “respeto”, especialmente cuando se consideran tales obligaciones carece de claridad; considerada la diversidad de prácticas seguidas y las condiciones existentes en los Estados Partes, sus exigencias varían considerablemente de un caso a otro [...] En particular, en la materia ahora considerada, el alcance de la obligación de un Estado de admitir en su territorio a parientes de inmigrantes depende de las singulares circunstancias del interesado [...].*

*El asunto [...] no se refiere a emigrantes que ya tuvieran una familia que hubieran dejado tras ellos en otro país hasta el reconocimiento de su*

---

<sup>65</sup> En este punto hay que señalar que la denegación de un derecho de entrada o permanencia puede analizarse como obligación positiva y como obligación negativa. Así, por ejemplo, los casos ya mencionados de *Berrehab* y *Ciliz* fueron analizados por el Tribunal desde la perspectiva de la injerencia, esto es, la obligación negativa de no expulsar a los demandantes, pero pudo haberse hecho desde el punto de vista de falta de respeto, es decir, por el incumplimiento de la obligación positiva de la concesión de las prórrogas del permiso de residencia.

*derecho de permanecer en el Reino Unido: las demandantes han contraído matrimonio una vez establecidas en este Estado como solteras [...] No puede entenderse que el artículo 8 comporte para un Estado parte la obligación general de respetar la elección, por las parejas casadas, de su domicilio común y de aceptar la instalación de los cónyuges no nacionales en el país.*

*En el presente caso, las demandantes no han probado la existencia de obstáculos que les vayan a impedir llevar una vida familiar en su propio país o en el de su marido, ni las razones especiales por las que una solución de este tipo no fuera esperable en ellas.»*

Esto es, teniendo presente el principio de derecho internacional relativo al derecho de los Estados de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio, sin perjuicio de sus compromisos internacionales, el alcance de la obligación estatal de admitir en su territorio a familiares de inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general y en materia de inmigración no se puede interpretar que el artículo 8 implique para un Estado la obligación general de respetar la elección de residencia de las parejas o de permitir la reagrupación familiar en su territorio.

La negativa en materia de permisos de residencia o su prórroga y en materia de reagrupación familiar puede determinar la violación o no del artículo 8 y para ello ha de tomarse en consideración la posibilidad de desarrollar una vida familiar normal en el país del demandante o en el de su pareja.

Como ocurre en materia de expulsiones, para los órganos de control del Convenio (primero la Comisión y ahora el Tribunal) no existe injerencia en el derecho a la vida familiar cuando la familia de la persona a quien se le niega el permiso de entrada o residencia puede acompañarle a su país de origen, siempre y cuando ello no origine unos trastornos excesivos de tipo cultural o social para los hijos. Incluso el hecho de que el cónyuge de la persona expulsada o sus hijos ostenten la nacionalidad del Estado parte no supone -como tal- un impedimento al establecimiento de la familia en otro Estado. Sin embargo, el artículo 8 puede ser violado cuando la única residencia posible de los cónyuges fuera del Estado parte está situada en un país en el cual ninguno de los dos posee vínculos de cualquier tipo o donde uno de los cónyuges no puede residir legalmente.

Recuerdo en este punto el ya examinado caso Gül contra Suiza (sentencia de 19 de febrero de 1996), que trata de la solicitud de reagrupación familiar formulada por un matrimonio de nacionalidad turca, que tiene una autorización de residencia por motivos humanitarios en Suiza y solicita la reagrupación de su hijo pequeño que se había quedado en Turquía. Las autoridades suizas rechazaron la petición basándose en que el status de residente por motivos humanitarios no incluye el derecho a la reagrupación familiar; que la separación de su hijo obedecía a la decisión voluntaria de los demandantes de instalarse en Suiza, dejando a su hijo pequeño en Turquía un número de años suficientes para considerar que no había vida familiar entre ellos; y que no contaban con los recursos suficientes para hacer frente a las necesidades de la familia (habían entregado una hija, nacida ya en Suiza, a la asistencia pública). Para los demandantes, la negativa de permitir a su hijo reunirse con ellos en Suiza supone una violación de su derecho a la vida familiar que es valorada de distinta forma por la Comisión y el Tribunal.

Para la Comisión, la negativa del gobierno suizo suponía una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar y, teniendo en cuenta la situación personal del matrimonio (el padre se encontraba en situación de invalidez y la madre estaba sometida a un tratamiento médico a causa de un grave accidente), el reagrupamiento debía producirse preferiblemente en Suiza.

Por su parte, el Tribunal declara, en primer lugar que, pese a la distancia entre los padres y el hijo (aunque la separación sea voluntaria), hay vida familiar entre ellos, pues el hijo nacido de una unión marital se inserta de pleno derecho en esta relación. Recuerda también que el artículo 8 del Convenio, si bien puede generar obligaciones positivas inherentes al respeto de la vida familiar, no puede interpretarse en el sentido de obligar a un Estado a respetar la elección de residencia y permitir el reagrupamiento familiar en su territorio, pues conforme a los principios de Derecho internacional, los Estados tienen derecho, sin perjuicio de los compromisos derivados de los tratados, de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio. Hay que buscar un justo equilibrio entre los intereses del individuo y de la sociedad en su conjunto, recordando que el Estado mantiene un margen de apreciación. Y constata que no hay obstáculos para que desarrollen su vida familiar en Turquía, teniendo en cuenta además que el hijo pequeño ha vivido siempre en el entorno cultural y lingüístico de ese país; que la señora *Gül* podría disponer de cuidados médicos adecuados en los Hospitales de Turquía; y que el demandante podría seguir percibiendo una parte de su pensión en virtud de un convenio de Seguridad Social entre

Suiza y Turquía. Por lo tanto, con la denegación del permiso de residencia del hijo no se ha producido una injerencia en la vida familiar del demandante en el sentido del Convenio.

Quiero significar que los dos órganos de control del Convenio valoran la situación personal del matrimonio demandante pero concluyen de diferente manera: para el Tribunal la situación de invalidez del padre y el sometimiento de la madre a un tratamiento médico no impiden -para la Comisión sí- que la familia se reúna en Turquía donde el padre puede seguir percibiendo su pensión y la madre recibir la asistencia médica que precise en los Hospitales de allí y además, esta decisión es más beneficiosa para el menor pues no le alejan de su entorno.

En el caso *Ahmut contra Países Bajos* (sentencia de 28 de noviembre de 1996), el Tribunal sienta una doctrina aún más restrictiva si cabe de las posibilidades de utilización del Convenio para definir este derecho. El recurrente residía en Holanda y poseía la doble nacionalidad holandesa y marroquí. Varios hijos de un matrimonio anterior residían con su madre en Marruecos, pero el recurrente contribuía a su manutención y los visitaba periódicamente. Al morir la madre en accidente de tráfico, el recurrente solicita un permiso de residencia para sus dos hijos menores por reagrupación familiar y le es negado por las autoridades holandesas que aluden directamente al artículo 8 del Convenio para justificar que de él no se puede inferir una obligación positiva de otorgarle un derecho de residencia, ya que su situación debe ser contrapuesta al interés general que exige una política de inmigración restrictiva.

Para la solución del caso, el Tribunal recuerda que el alcance de la obligación de los Estados de admitir en su territorio a familiares de inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general; que, de acuerdo con un principio de derecho internacional asentado, los Estados tienen derecho, dejando a salvo sus compromisos internacionales, de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio; y que en materia de inmigración no se puede interpretar que el artículo 8 implique para un Estado la obligación general de respetar la elección de residencia de las parejas o de permitir la reagrupación familiar en su territorio.

Partiendo de esta doctrina, el Tribunal analiza el caso concreto valorando los mismos elementos del caso anterior: que los niños han desarrollado toda su vida en Marruecos, donde mantienen lazos sólidos con

el medio lingüístico y cultural del país; que el recurrente, aunque posee la nacionalidad holandesa, conserva la marroquí; que la separación de su hija es el resultado de una decisión libre del recurrente; y que no hay obstáculos para que viaje a Marruecos y desarrolle allí su vida familiar, sin que el artículo 8 garantice el derecho a elegir el lugar más apropiado para desarrollar una vida familiar. Con base en todo ello, concluye que no se puede afirmar que el gobierno holandés no haya realizado un justo equilibrio entre los intereses del recurrente y su propio interés de controlar la inmigración y que no existe violación del artículo 8.

En definitiva, el Tribunal ha admitido la posibilidad de que las decisiones de la autoridades nacionales en materia de reagrupación familiar sean revisadas desde la óptica del derecho a la vida familiar del artículo 8 del Convenio, pero tras la ponderación de intereses entre el ciudadano afectado y el Estado demandado, el contenido material de este derecho ofrece un resultado bien escaso frente a la posibilidad de los Estados de oponer intereses generales derivados, por ejemplo, de una determinada situación económica y social que aconseja una política de inmigración restrictiva.

Los aspectos fundamentales que se valoran en la ponderación de los mencionados intereses son los siguientes:

1. El punto de partida es la inexistencia de una obligación general de admitir la entrada o permanencia de no-nacionales en el territorio de los Estados contratantes. Esta afirmación, hecha en la sentencia del caso *Abdulaziz* y otras, donde las demandantes habían entrado en el Estado demandado siendo solteras, ha servido igualmente en el estudio de auténticos casos de reagrupación familiar, en los que el demandante entra en un país de acogida dejando tras de sí una familia.

2. Aunque se tienen en cuenta los vínculos creados en el país de acogida, se valoran los obstáculos que puede encontrar el demandante para disfrutar de su vida familiar en su país de origen o en el de alguno de los miembros de su familia, y si es posible desarrollarla, el derecho al respeto de su vida familiar no se entiende vulnerado por la medida.

3. Los Estados aplican la doctrina del margen de apreciación. En materia de extranjeros, el argumento que utilizan para aplicarla



ampliamente es que las cuestiones de inmigración afectan directamente a la soberanía estatal, y los Estados tienen el derecho «soberano» sobre el control de sus fronteras y la defensa del bienestar económico del país.

Es importante destacar que cuando el Tribunal actúa desde la óptica del respeto como obligación positiva, debe realizar una ponderación de los intereses en el marco del amplio margen de apreciación reconocido a los Estados, a diferencia de lo que ocurre cuando la óptica es la contraria, pues debe constatar que la medida cumple los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 8.

Así las cosas, las únicas obligaciones que pueden considerarse derivadas del Convenio para las políticas nacionales de reagrupación familiar son:

- La necesidad de que no contengan elementos discriminatorios en el sentido de artículo 14 del Convenio. En la sentencia del caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* contra el Reino Unido se analizó la vulneración de este artículo por diferenciación de trato por razón de sexo<sup>66</sup>, pero pueden darse similares prohibiciones por razón de «*raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*», de forma que una alegación en este sentido construida sobre la diferencia de trato a la hora de reagrupación tendría posibilidad de prosperar.
- En cuanto al contenido material del derecho, únicamente podría llegar a actuar el artículo 8 como límite de la capacidad de los Estados de establecer su política de reagrupación familiar y aplicarla en un caso concreto, cuando la vida familiar no sea posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico o por la absoluta inexistencia de vínculos con ningún otro país de los miembros de la familia.

---

<sup>66</sup> El gobierno de Reino Unido, con base en unas normas de 1980, reconoce que es más fácil para un hombre establecido en su país que para una mujer en la misma situación obtener para su cónyuge no nacional el permiso de entrada o permanencia en aquel país. Esta distinción se justificaba por la necesidad de proteger el mercado nacional de trabajo en una época de elevado desempleo. Insiste en el margen de apreciación dejado en la materia a los Estados partes y se apoya en que los hombres tendrían una tendencia mayor que las mujeres a buscar trabajo, de forma que el impacto de los inmigrantes sobre tal mercado sería superior al de las mujeres. Para el Tribunal, la diferencia que pueda existir entre el impacto de los hombres y el de las mujeres en el mercado nacional de trabajo no es tan importante como para justificar la diferencia de trato y es por esa falta de adecuada justificación por lo que entiende que las demandantes han sido víctimas de una discriminación basada en el sexo, contraria al artículo 14, en relación con el artículo 8.

Una excepción a esta línea jurisprudencial es el caso Sen contra Países Bajos (sentencia de 21 de diciembre de 2001), en el que el Tribunal considera que la negativa a conceder la reagrupación de una niña turca con sus padres residentes en Holanda y con sus hermanos nacidos allí vulnera el derecho a la vida familiar. Los demandantes son el señor *Zeki Sen*, su esposa la señora *Gulden S.* y su hija *Sinem Sen*. Como ya hemos visto en otros casos contra Holanda, su gobierno basa la negativa en su política de inmigración restrictiva debido a la fuerte densidad de población, por lo que únicamente se concede un permiso de residencia si las autoridades están obligadas a ello de acuerdo con el derecho internacional, si la presencia de la persona sirve para los intereses esenciales de los Países Bajos o si existen razones imperiosas de orden humanitario. La hija de los demandantes, *Sinem*, no cumplía las condiciones de admisión previstas en las reglas relativas a los reagrupamientos familiares y -según la opinión del Estado holandés- ya no pertenecía a la célula familiar de sus padres y sí a la de su tía, con quien se crió. A pesar de que los padres alegaban que la tía no podía continuar ocupándose de la niña porque sufría una fuerte depresión, había varios miembros de la familia -hermanos del padre- que vivían en Turquía y podían hacerse cargo de ella. Señala también el Estado holandés que nada impide a los demandantes disfrutar de una vida familiar instalándose en Turquía y que la circunstancia de que los otros dos hijos del matrimonio nacieran y vivieran con sus padres en los Países Bajos no puede considerarse un obstáculo para que los padres emigraran hacia Turquía.

El Tribunal afirma en primer lugar la existencia de vida familiar entre los demandantes pues recuerda que la niña, desde el instante en que nació, tiene con sus padres un vínculo que constituye una «vida familiar». Después, examina si las autoridades holandesas tenían -como dice el demandante- la obligación positiva de autorizar la entrada de la niña para residir con sus padres en los Países Bajos, permitiendo así a los interesados mantener y desarrollar una vida familiar en su territorio, prevaleciendo los intereses de su familia sobre los del Estado holandés.

El Tribunal manifiesta que el caso presente ofrece numerosos puntos comunes con la situación examinada en la anterior sentencia del caso *Ahmut*, en la que, a la vista de los hechos alegados, no se constató violación del artículo 8. La decisión de vivir separados de su hija dejándola a cargo de una tía es voluntaria y la niña ha vivido toda su vida en Turquía teniendo por tanto vínculos sólidos con el entorno cultural y lingüístico de su país,

en el que tiene familiares. Sin embargo, contrariamente a lo que consideró en el asunto *Ahmut*, el Tribunal señala que existe un obstáculo más grande para que la familia *Sen* regrese a Turquía: el matrimonio ha establecido su vida en los Países Bajos, donde viven legalmente desde hace varios años y donde nacieron su segundo y su tercer hijo. Estos dos niños han vivido siempre en los Países Bajos, en el entorno cultural de este país donde están escolarizados, por lo que el único vínculo con su país de origen es la nacionalidad, por lo tanto, sí existe un obstáculo para trasladar su vida familiar a Turquía. En estas condiciones, la llegada de *Sinem* a los Países Bajos constituía el medio más adecuado para desarrollar una vida familiar con ésta, y además, su edad (nueve años) favorece su integración en la célula familiar de sus padres, dispuestos a ocuparse de ella. El Tribunal concluye que *«al dejar a los dos primeros demandantes únicamente la elección de abandonar la situación que obtuvieron en los Países Bajos o renunciar a la compañía de su hija mayor, el Estado demandado ignoró el equilibrio justo que debe reinar entre, por un lado, los intereses de los demandantes y, por otro, su propio interés por controlar la inmigración, sin que sea necesario para el Tribunal abordar la cuestión de si los parientes cercanos de Sinem que residen en Turquía estaban dispuestos y eran aptos para ocuparse de ella, tal como señala el Gobierno demandado»*, declarando que ha habido, por tanto, violación del artículo 8 del Convenio.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en el caso Rodríguez Da Silva y Hoogkamer contra Países Bajos (sentencia de 31 de enero de 2006). La señora Rodríguez da Silva, de nacionalidad brasileña, llegó a los Países Bajos en 1994. Convivió en pareja con un hombre de nacionalidad holandesa durante tres años y durante este tiempo no obtuvo el permiso de residencia. En 1996 tuvieron una hija y en 1997 la relación entre los padres se rompió. En un primer momento, la custodia de la niña correspondió al padre, pero tras la estimación de un recurso interpuesto por la madre ante un Tribunal Regional la niña quedó a su cuidado. Esta resolución fue anulada por el Tribunal Supremo en el año 1998, que remitió el caso a un Tribunal de Apelación.

Durante este tiempo, la señora Rodríguez Da Silva solicitó el permiso de residencia, que fue denegado argumentando que la solicitante había estado trabajando ilegalmente en el país sin pagar impuestos ni contribuir a la Seguridad Social, primando el interés económico del país más que su derecho a obtener la residencia. En 1999 la policía informa a la demandante de que tenía que abandonar el país en un plazo de dos semanas. El Tribunal de Apelación concede ese mismo año la custodia de la

niña a su padre, decisión ratificada en el año 2000 por el Tribunal Supremo. Estas dos decisiones judiciales estaban basadas en informes de expertos en los que se abogaba por no separar a la menor de su padre, de la familia paterna y del país en el que siempre había vivido. En el año 2002 la señora Rodríguez da Silva solicitó de nuevo permiso de residencia que fue rechazado por las autoridades gubernativas.

El Tribunal Europeo analizó en primer lugar si las autoridades holandesas tenían la obligación de conceder el permiso de residencia a la madre con base en el derecho a desarrollar la vida familiar junto a su hija recogido en el artículo 8 del Convenio. El Tribunal destacó que cuando la madre recibió la denegación final de su permiso de residencia no disfrutaba de la custodia de la niña y el único modo para permanecer a su lado era obteniéndolo. Además, la niña había sido criada y atendida desde su nacimiento por la madre y los abuelos paternos, pues el padre se había mantenido en un segundo plano.

El Tribunal entendió que la denegación del permiso de residencia y la expulsión de la madre a Brasil imposibilitaría una relación afectiva y familiar adecuada entre esta y su hija. Así las cosas, ante la graves consecuencias que la expulsión tendría en estas relaciones, el Tribunal consideró que la protección de los intereses de la menor obligaba a las autoridades holandesas a permitir que la madre residiera junto a ella con base en el derecho a la vida familiar del artículo 8 del Convenio, concluyendo, en consecuencia, que dicho precepto fue violado por las autoridades holandesas con las reiteradas negativas al permiso de residencia.

## 2.2 Reivindicación de la vida familiar en casos de guarda y custodia

En estos casos, del estudio de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que el artículo 8 incluye el derecho de los padres a que se adopten las medidas que les permitan reunirse con sus hijos y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas.

Así, en el caso Hokkanen contra Finlandia (sentencia de 23 de septiembre de 1994) se pone de manifiesto el requerimiento a los Estados miembros de adoptar una actitud positiva en defensa del derecho a la vida familiar. Se trata de un padre que a la muerte de su esposa deja temporalmente a su hija al cuidado de los abuelos maternos. Cuando trata

de recogerla, los abuelos se niegan a entregársela, iniciándose un largo proceso ante las autoridades del país. Aunque los servicios sociales y los tribunales dan la razón al padre, no adoptan medidas que le permitan ejercer la custodia de sus hijas e incluso se muestran excesivamente blandos con los abuelos, que, además de negarse a devolver a la niña, a menudo impedían que el padre la visitara, ocultándola y cambiando de domicilio. Para el Tribunal, el Estado finlandés incumple con su obligación de hacer respetar el derecho a la vida familiar del demandante, pues no ha realizado los esfuerzos necesarios para facilitar la reunión de ambos. El Tribunal recuerda que *«la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas con este objetivo no es absoluta, pues ocurre que el encuentro de un padre con su hijo que ha vivido desde cierto tiempo en casa de otras personas no podría tener lugar inmediatamente, y requiere preparativos. Su naturaleza y su extensión dependen de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación del conjunto de las personas involucradas constituirán en todo caso un factor importante. Si las autoridades nacionales deben hacer todos los esfuerzos para facilitar una colaboración como la mencionada, su obligación de recurrir a la coerción en la materia debe estar limitada y deben tener en cuenta intereses, derechos y libertades de estas mismas personas y, especialmente, intereses primordiales del niño y derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio. Si a causa de los contactos con el progenitor se pusieran en riesgo estos intereses y derechos, corresponde a las autoridades nacionales velar por un equilibrio justo entre ellos»*. Esto es, para el Tribunal, los Estados deben tomar las medidas adecuadas para facilitar el encuentro entre padres e hijos en estos casos de distanciamiento, reconociendo que estos encuentros exigen unos preparativos y teniendo en cuenta a todas las personas implicadas, pero sobre todo, el interés superior del menor.

No ocurre así en un caso de incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, que se analiza en el caso Glaser contra Reino Unido (sentencia de 19 de septiembre de 2000). En él, tras el divorcio de unos padres, los hijos quedan bajo la custodia de la madre, que niega al padre todo tipo de contacto con ellos. Además de impedir el cumplimiento del régimen de visitas del padre, la madre realizó varios cambios de domicilio (Inglaterra, Gales y Escocia) para evitar que los menores tuvieran contacto con su padre y así conseguir el alejamiento entre ellos, lo que consiguió ya que los hijos declararon no querer volver a ver a su padre. Para el demandante, el Reino Unido era de alguna manera responsable de esa situación al no haber realizado todo lo necesario para evitar el incumplimiento del régimen de visitas que llevó a que los hijos le rechazaran. El Tribunal declaró que el artículo 8 del Convenio comprende

el derecho de un padre a que se acuerden medidas tendentes a que pueda reunirse con su hijo y que existe una obligación positiva de las autoridades nacionales en ese sentido, pero considera que las autoridades del Reino Unido hicieron lo posible para que la situación se normalizara, con independencia de que la actitud de la madre lo impidiera.

En efecto, de conformidad con el Tribunal, cuando los órganos judiciales internos han otorgado a uno de los progenitores el derecho exclusivo de guarda y custodia de un hijo, el punto decisivo en la materia es verificar si las autoridades nacionales han adoptado todas las medidas que se pueden razonablemente exigir para ejecutar aquella decisión, tal y como se desprende también del caso Iglesias contra España (sentencia de 29 de abril de 2003). En él, el Tribunal condenó a España a pagar una indemnización de 34.000 euros a la madre por considerar que la Justicia española no actuó con suficiente diligencia para facilitar el regreso de su hijo, llevado por su padre a Estados Unidos en 1997 pese a que la madre tenía la custodia. El Tribunal considera que las autoridades españolas han violado el artículo 8 del Convenio, que establece el derecho al respeto a la vida familiar y privada, ya que *«no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo»*.

En el caso de Silvestre contra Austria (sentencia de 24 de abril de 2003) la madre trasladó a su hija a su Austria natal desde la residencia familiar en Estados Unidos. En este caso y en otros similares, el Tribunal ha declarado que el Estado europeo en el que se encuentran los menores ha de colaborar para facilitar la reunión familiar adoptando las medidas que para ello sean necesarias.

Así, en el caso Hansen contra Turquía (sentencia de 23 de septiembre de 2003) la demandante, de nacionalidad islandesa, mantiene en Reykiavik una relación con *Halil*, de nacionalidad turca, de la cual nacen dos hijas. Después se casan y *Halil* obtiene la nacionalidad islandesa. Cuando el padre va a Turquía de vacaciones con sus dos hijas, decide no volver, y obtiene allí el divorcio y provisionalmente la guardia y custodia de las hijas. La demandante alega que las autoridades turcas no hicieron cumplir de manera efectiva su derecho de visita a sus hijas de acuerdo con su obligación positiva en virtud del artículo 8 del Convenio, alegando además que fue privada de su derecho a verlas como resultado de una discriminación, porque era católica y de nacionalidad islandesa. Viajó de Islandia a Turquía en numerosas ocasiones para verlas y siempre su exmarido se negó a cumplir con el convenio de visitas, dificultando el encuentro, hasta el punto de esconder a las niñas antes de cada visita, sin

encontrar apoyo en las autoridades turcas para que tomaran medidas efectivas con el fin de localizarlas. Por su parte, el gobierno turco alegó que las niñas habían expresado durante el curso del procedimiento de divorcio y custodia su resistencia a reunirse con su madre, y que cumplía con su obligación, en virtud del artículo 8 del Convenio, de proteger los intereses de aquellas, a las que consideraba lo suficientemente maduras como para que se tuviera en cuenta su opinión, por lo que no se le podía considerar responsable de la conducta del padre a negarse a las visitas y del rechazo de las niñas a ver a la demandante.

En este caso intervino también el gobierno de Islandia -ejerció su derecho a intervenir como tercero<sup>67</sup>- que, coincidiendo con la demandante, alegó que la legislación turca no dispuso una protección suficiente de los derechos de la demandante garantizados por el artículo 8 del Convenio y, en concreto, que la autoridades turcas no hicieron cumplir el derecho de visitas de la demandante con celeridad, de acuerdo con las órdenes de los Tribunales.

El Tribunal, que está de acuerdo con la obligación de proteger el interés del menor, destaca que en un caso como este la adecuación de la medida debe ser juzgada por la rapidez en su aplicación pues el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irreparables para las relaciones entre el niño y el progenitor con el que no vive, declarando que el gobierno turco no colaboró para que se respetasen los derechos de la madre, adoptando las medidas adecuadas para obligar al respeto de su derecho de acceso a los niños y, por tanto, hubo violación del artículo 8 del Convenio.

En el caso Kosmopoulos contra Grecia (sentencia de 5 de febrero de 2004) la demandante, madre de una niña, abandonó el domicilio conyugal y se fue a Inglaterra dejando a su hija con su marido, que consiguió la custodia de la niña, fijándose un régimen de visitas para la madre que posteriormente quedó suspendido. La niña, en los encuentros, se negaba a quedarse con la madre. La demandante alega ante el Tribunal Europeo que las autoridades griegas no protegieron la vida familiar con su hija y que su alejamiento se debía a un serie de actos y omisiones del Estado griego ya que, de un lado, los Tribunales griegos no facilitaron una reunión rápida con su hija en la fase inicial del procedimiento y, de otro, las autoridades griegas no habían hecho los esfuerzos que razonablemente se podía esperar de ellas para que su derecho fuera respetado, debiendo incluso haber

---

<sup>67</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 36.1 del Convenio, en cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista.

tomado medidas coercitivas contra el exmarido, cuyo comportamiento era la raíz de su imposibilidad de establecer contactos regulares con su hija.

Para el gobierno, la persistente negativa de la niña a ver a su madre era la única razón por la que no se cumplieron los convenios de visitas. Habría sido ir más lejos de las obligaciones positivas del Estado tomar medidas coercitivas para forzar a la niña a reunirse con su madre. Por lo tanto, incluso asumiendo que hubiera habido injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida familiar, habría estado justificada en virtud del apartado 2 del artículo 8.

Pero para el Tribunal *«el objeto esencial del artículo 8 es proteger a la persona de las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas. Además, debe haber obligaciones positivas inherentes al «respeto» efectivo de la vida privada y familiar. Estas obligaciones pueden suponer la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto a la vida familiar incluso en la esfera de las relaciones entre las personas, incluyendo tanto la disposición de un marco regulatorio del procedimiento, como la maquinaria para su cumplimiento que proteja los derechos de las personas, y la puesta en práctica, cuando sea necesario, de medidas específicas [...]». Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en virtud de esta disposición no siempre se prestan a una definición precisa; sin embargo, los principios aplicables son similares. En ambos contextos, se debe tener en cuenta el justo equilibrio que ha de conseguirse entre los intereses de las personas y de la comunidad en su conjunto, incluyendo terceras partes afectadas, y en ambos casos, el Estado goza de un cierto margen de apreciación»*. Y concluyó que el Estado demandado no adoptó las medidas positivas necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho, pues la demandante no gozó de las garantías procesales adecuadas para impugnar la suspensión del derecho de visitas que le supuso el alejamiento de su hija, por lo que declara violación del artículo 8 del Convenio.

En definitiva, la obligación de las autoridades nacionales de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del derecho de custodia y la devolución del menor<sup>68</sup> que permita a los padres reunirse con sus hijos se desprende del artículo 8 de Convenio, de forma que si no se adoptan las medidas que podían razonablemente exigirse para garantizar el respeto de los derechos de uno de los padres, o hay retrasos en los

---

<sup>68</sup> El desplazamiento o sustracción de un menor se considera ilícito cuando tiene lugar en violación de un derecho de custodia atribuido a una persona por la legislación del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o sustracción, de conformidad con el artículo 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de los menores.



procesos nacionales o en la ejecución de las resoluciones adoptadas en ellos, el Tribunal concluye que el derecho al respeto de la vida familiar no ha sido protegido de manera efectiva, como ocurre también en los más recientes casos Bordeianu contra Moldavia (sentencia de 11 de enero de 2011) y Prodelalová contra República Checa, (sentencia de 20 de diciembre de 2011).

Insiste el Tribunal en que la ejecución de decisiones dictadas en los procesos de custodia y patria potestad exigen un tratamiento urgente pues, en caso de sustracción del menor por uno de sus progenitores, el paso del tiempo acarrea consecuencias irremediables para las relaciones entre el menor y el progenitor con el que no vive susceptibles de vulnerar el artículo 8 del Convenio (es lo que ocurrió en el caso Saleck Bardi contra España<sup>69</sup>).

Sin embargo, el hecho de que las medidas adoptadas no se hayan desarrollado como la parte demandante hubiera querido o no se haya obtenido el resultado deseado no significa que las autoridades hayan permanecido inactivas y, por tanto, no puede considerarse que las autoridades nacionales faltaran a su obligación positiva y por consiguiente, haya violación del artículo 8 del Convenio (entre otros, caso Sahin contra Alemania<sup>70</sup>).

Tras el comentario de estas sentencias, se contemplan las variadas situaciones que se han planteado en relación a los hijos, invocando el derecho al respeto a la vida familiar. Siguiendo a CASADEVALL<sup>71</sup>, citamos las siguientes: cuando las autoridades dan preferencia a la familia de acogida, frente a los padres biológicos, en interés del niño que desea quedarse con la primera<sup>72</sup>; sobre la implicación y participación efectiva de los padres, defensa, proposición y práctica de pruebas, en el procedimiento previo a la adopción de la medida constitutiva de injerencia<sup>73</sup>; sobre el carácter adecuado y suficiente de las medidas adoptadas para hacer respetar el derecho de visita de los padres a sus hijos<sup>74</sup>, o para asegurar el regreso de un niño a casa de su padres, el cual ejercía la guarda y custodia conjuntamente con la madre<sup>75</sup>; sobre la suspensión del derecho de visita de

---

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo de 2011.

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 2003.

<sup>71</sup> CASADEVALL, Josep. *El convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia...* cit., p. 343.

<sup>72</sup> Sentencia Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998.

<sup>73</sup> Entre otros, Casos *Elshoz* contra Alemania (sentencia de 13 de julio de 2000) y *Sahin* contra Alemania (sentencia de 8 de julio de 2003).

<sup>74</sup> Casos *Zawadka* contra Polonia (sentencia de 23 de junio de 2005) y *Bove* contra Italia (sentencia de 30 de junio de 2005).

<sup>75</sup> Caso *Monory* contra Rumanía y Hungría (sentencia de 5 de abril de 2005).

un padre a su hija<sup>76</sup>; el caso de unas niñas rumanas legalmente adoptadas por dos familias italianas y no entregadas a los padres adoptivos, porque las menores de diez años rechazan a la familia adoptiva y prefieren quedarse en la institución educativa en la cual residen desde su nacimiento<sup>77</sup>; el de la suspensión del derecho de patria potestad, durante el tiempo del cumplimiento de la penal principal, a un periodista condenado por un delito de difamación<sup>78</sup>; y aún el caso en el cual el Tribunal estima que la ejecución de una orden de retorno de un niño a Israel, a pesar de haber sido desplazado ilegalmente por su madre, teniendo en cuenta el cambio de situación y el interés superior del menor, constituiría una violación del Convenio<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Caso *Süss* contra Alemania (sentencia de 10 de noviembre de 2005).

<sup>77</sup> Caso *Pini y Bertani* contra Rumania (sentencia de 28 de septiembre de 2004).

<sup>78</sup> Caso *Sabou y Pircalab* contra Rumania (sentencia de 28 de septiembre de 2004).

<sup>79</sup> Caso *Neulinger y Shurunk* contra Suiza (sentencia de 6 de julio de 2010).

## CAPÍTULO III

### RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS

#### A. INTRODUCCION

Históricamente España ha sido más un país de emigración que de inmigración, tendencia que se ha ido invirtiendo gradualmente en la medida en que se elevaba la calidad de vida en la sociedad española, que ha hecho que se convierta en un lugar de destino para miles de emigrantes, aunque en los momentos actuales de crisis económica el número de inmigrantes que llegan a nuestro país ha disminuido.

El fenómeno migratorio hace que las sociedades actuales sean multiculturales, en el sentido de que en una misma comunidad política coexisten individuos y grupos diferentes en atención a determinados rasgos culturales: lengua, religión, tradiciones y prácticas sociales, nacionalidad y cultura<sup>80</sup>. Casi todas las sociedades que conocemos son multiculturales por la presencia de pueblos indígenas, de minorías nacionales o culturales de diferente tipo, por la presencia de individuos y grupos que proceden de flujos migratorios, o incluso, porque coincidan varios factores, como es el caso de España.

Partiendo de esta realidad y de que la población de inmigrantes en Europa y, en concreto, en España es considerable<sup>81</sup>, las distintas autoridades

<sup>80</sup>DE LUCAS, Javier. "Multiculturalismo, un debate falsificado". Disponible en Web: <http://www.revistateina.com/teina/web/Teina4/dossiermulticultu.htm>. [Consulta: 25 de noviembre de 2012].

<sup>81</sup> Los residentes extranjeros en España son 5.503.977, según los últimos datos publicados por el observatorio Permanente de la Inmigración correspondientes a 30 de junio de 2013. Según el avance del Padrón Continuo difundido por el Instituto Nacional de Estadística (INE) el 22 de abril de 2013, la población empadronada en España se ha reducido por primera vez desde 1996, primer año del que existen datos oficiales, y a fecha 1 de enero de 2013 había **47.059.533 personas inscritas**, 205.788 menos que un año antes, consecuencia únicamente del éxodo de extranjeros. Así, el **número de extranjeros empadronados se ha reducido en 216.125 personas** (el 3,8 %) a lo largo de 2012 hasta los 5.520.133 millones, mientras que el de españoles ha aumentado en 10.337 (el 0,02 %). Según estos datos, el **11,7% de los empadronados en España son extranjeros** y 2,4 millones de ellos proceden de la Unión Europea (UE). De los extranjeros que han optado por **abandonar España**, previsiblemente ante la falta de trabajo como consecuencia de la grave crisis económica que sufrimos desde 2008, los pertenecientes a la UE se han reducido en 90.639 personas hasta sumar 2.352.978 personas y los no comunitarios lo han hecho en 125.486 hasta situarse en 3.167.155. El **85,9% de la población empadronada ha nacido en España** y el 14,1% en el extranjero. Desde que en 1998 se comenzaron a publicar las cifras oficiales de

territoriales han adoptado medidas para garantizar la integración desde una postura de respeto a las tradiciones culturales, a los hábitos y valores de los inmigrantes, siempre que no supongan un ataque a la libertad y a los derechos humanos. Y es que las personas inmigrantes hacen aportaciones de gran importancia en distintos órdenes y producen oportunidades nuevas para ellos mismos y sus familiares y para el conjunto de la sociedad española.

En el ámbito del mercado de trabajo y la Seguridad Social, su incorporación al mercado de trabajo ha sido compatible y complementaria con la mejora del nivel de empleo de los españoles y ha tenido como consecuencia notable su contribución a la Seguridad Social. También es importante la contribución al crecimiento económico que ha registrado España en los últimos años y su consolidación como contribuyentes fiscales.

En lo referente a la estructura demográfica, las personas inmigrantes contribuyen a corregir la desequilibrada pirámide de población española, con el incremento de la natalidad y la recuperación de la tasa de fecundidad en España.

En el plano cultural, la inmigración contribuye a la diversidad cultural, enriquecedora para una sociedad plural como la española.

Además, los inmigrantes contribuyen a la mejora de las condiciones de vida de sus países de origen, tanto de sus familiares directos como del conjunto de la población, y al desarrollo económico, social y político de los mismos, por la importancia de las remesas económicas y la difusión de ideas y prácticas sociales.

España, al igual que el conjunto de los países de la Unión Europea necesita de la inmigración y debe adaptar sus instituciones y sus políticas a los nuevos retos que plantea la presencia de los inmigrantes, como contar con dispositivos de acogida adecuados, promover mejoras en el conocimiento de las lenguas oficiales y de las normas sociales en España por parte de los inmigrantes, así como de los conocimientos imprescindibles para su integración social y para lograr una sociedad cohesionada.

---

población provenientes de la Revisión del Padrón a 1 de enero, la población empadronada en España **había aumentado todos los años**, siendo este el primero en que experimenta un descenso (de 205.788 personas). Durante esos últimos años el aumento fue debido, fundamentalmente, a la **inscripción de extranjeros**, cuya cifra pasó de 923.879 en el año 2000 a 5.747.734 en 2010. En: El Mundo.es 22/04/2013.

El compromiso de integración es el compromiso de los poderes públicos de facilitar la mejor adaptación de los inmigrantes. Por ello, las políticas de integración deben tener en cuenta no solo los aspectos económicos y sociales de la integración, sino también los problemas relacionados con la diversidad cultural y religiosa, la ciudadanía, la participación y los derechos políticos, sentando las bases y los instrumentos que permitan gestionar de la forma más correcta los flujos migratorios y los procesos de integración, maximizando los efectos positivos y reduciendo el impacto de los negativos que llevan asociados.

Hay que tener presente que la integración es un proceso en dos direcciones, que presupone tanto la voluntad de los inmigrantes de integrarse en la sociedad de acogida como la de los ciudadanos de esta sociedad de aceptar e incluir en ella a los inmigrantes. Así, a los inmigrantes se les exige el respeto del ordenamiento jurídico y de los valores constitucionales y un esfuerzo para aprender la lengua, la historia y la política del país de acogida. Y todo ello sin tener que renunciar a su propia identidad, pues con base en el respeto del principio de tolerancia se admite la práctica de las tradiciones y costumbres propias, siempre y cuando no sean contrarias al orden público. Por su parte, los países de acogida deben adoptar medidas en distintos ámbitos, entre ellos, en el mercado laboral; en la educación; en el acceso de los inmigrantes a las instituciones y a los bienes y servicios tanto públicos como privados, en las mismas condiciones que los nacionales; en la participación de los inmigrantes en el proceso político y en la vida social, promoviendo la convivencia entre todos, etc., teniendo presente que la promoción de los derechos fundamentales, el respeto a la libertad religiosa y al multiculturalismo, la igualdad de oportunidades para todos y la ausencia de discriminación son elementos claves para una integración con éxito.

En definitiva, la integración debe producirse con respeto a los principios de igualdad y no discriminación, que implica la equiparación de derechos y obligaciones de los inmigrantes con los nacionales del país de acogida, dentro del marco de valores constitucionales básicos; con reconocimiento de la plena participación cívica, social, económica, cultural y política de los ciudadanos inmigrantes; y, en cuanto mecanismo de interacción entre las personas de distintos orígenes y culturas, dentro de la valoración y el respeto de la diversidad cultural.

Entiendo que la expresión máxima de integración se asocia a los procesos de naturalización y la concesión de la ciudadanía a los nacionales de terceros países que residen legalmente en otros Estados y desean obtener

plenos derechos de ciudadanía. Desde Europa se pide a los Estados miembros que *«establezcan procedimientos transparentes, humanos, rápidos y razonables para la concesión del estatuto de residente de larga duración, para la reunificación familiar y para la naturalización de inmigrantes residentes de larga duración y de sus hijos, especialmente teniendo en cuenta que muchos de ellos han nacido en el territorio de un Estado miembro»*<sup>82</sup>.

En España, es el Estado el que tiene la competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derechos de asilo (artículo 149.1.2º CE), pero todas las Administraciones públicas -cada una dentro de sus competencias- deben implicarse en la integración real de los inmigrantes en España y:

- Garantizar el pleno ejercicio de los derechos civiles, sociales, económicos, culturales y políticos de los inmigrantes.
- Adecuar las políticas públicas, especialmente la educación, el empleo, los servicios sociales, la salud y la vivienda, a las nuevas necesidades que origina la presencia de inmigrantes. Esta adecuación ha de ser tanto cuantitativa -para responder al incremento de los nuevos ciudadanos y usuarios a los que han de atender los servicios públicos- como cualitativa -para gestionar adecuadamente la diversidad de las nuevas demandas e incorporar las competencias interculturales necesarias.
- Garantizar el acceso de los inmigrantes a los servicios públicos, especialmente la educación, el empleo, los servicios sociales, la salud y la vivienda, en igualdad de condiciones con la población autóctona.
- Establecer un sistema de acogida a los nuevos inmigrantes y a los que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, hasta que se hallen en condiciones de acceder a los servicios públicos generales.
- Fomentar entre los inmigrantes el conocimiento y el respeto de los valores comunes de la Unión europea, de los derechos y las obligaciones de los residentes en España, de las lenguas oficiales en los diversos

---

<sup>82</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión Europea (2006/2056 INI). Disponible en Web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2006-190&language=ES>. [Consulta: 13 de febrero de 2010].

territorios del Estado y de las normas sociales de convivencia de la sociedad española.

- Luchar contra las diversas manifestaciones de la discriminación, el racismo y la xenofobia en todos los campos de la vida social, tanto en el ámbito público como en el privado.

- Introducir la perspectiva de género tanto en lo relativo a la elaboración de políticas de integración, como a su aplicación.

- Fomentar políticas y experiencias de codesarrollo con los países de origen de la inmigración.

- Favorecer la comprensión por parte de la sociedad española del fenómeno migratorio, mejorar la convivencia intercultural, valorando la diversidad y fomentando valores de tolerancia, y apoyar el mantenimiento y conocimiento de las culturas de origen de los inmigrantes.

- Impulsar la adopción de políticas públicas y medidas por parte de las distintas Administraciones Públicas y de la sociedad civil que fomenten la integración de los inmigrantes y la cooperación en este campo.

Todas las medidas que se adoptan en los distintos ámbitos señalados para facilitar la integración de los extranjeros parten -como recojo en el apartado siguiente- del reconocimiento a los mismos de unos derechos.

En este punto quiero hacer una mención a la inmigración ilegal. Son muchos los inmigrantes que intentan entrar en España evitando los cauces legales siendo muy frecuentes los casos de extranjeros que llegan a nuestras costas en pateras procedentes de África. Podría comentar cualquier artículo que casi a diario publican los periódicos pero, a modo de ejemplo, expongo los hechos recogidos en una sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sentencia núm. 114/2007, dictada por la Sección 5, el 2 de marzo de 2007), lugar que vive de cerca esta situación: los acusados embarcaron en Costa de Marfil y Cabo Verde a un total de 227 personas (4 mujeres y 223 hombres) a cambio de una cantidad que oscilaba entre 1.000 y 1.800 euros por pasajero. La travesía se hizo en unas condiciones inaceptables pues viajaron hacinados en la bodega, dormían apoyados los

unos sobre los otros, comían escasas galletas trituradas y bebían agua desalada. Al avistar las costas de Tenerife, los procesados huyeron del barco en una zodiac y dejaron a la deriva y sin apenas agua al resto de los ocupantes que tuvieron que ser rescatados por agentes de la Guardia Civil. Estos hechos son subsumibles en el artículo 318 bis 1 del Código penal que dispone: *«El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión»*. Además, la pena puede verse agravada: *«Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior» (318 bis 3)*. Normalmente, en los casos de inmigración ilegal concurre el ánimo de lucro pues el transporte e introducción de los inmigrantes en territorio español constituye una forma de obtener dinero por los que organizan estos viajes. Y además, la conducta se agrava en cuanto ponen en peligro la vida de las personas ya que normalmente los barcos o pateras que utilizan para transportarlos carecen de las condiciones mínimas de seguridad e higiene. Los extranjeros son atendidos por las autoridades y, después, devueltos a sus países de origen, salvo que se trate de menores no acompañados como más adelante desarrollo, pues deberá tramitarse un procedimiento que acuerde su retorno o su permanencia en España, según el interés superior del menor.

## **B. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA**

Considero necesario antes de analizar el reconocimiento en España del derecho a la vida familiar de los extranjeros recordar que, a tenor del artículo 13 de la Constitución, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y en el ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de lo que establezca un tratado o una ley. Esto es, los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son constitucionales y, por lo tanto, dotados de la protección constitucional, pero son todos derechos de configuración



legal, de forma que la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del Título I depende del concreto derecho afectado.

a) Esta configuración legal puede prescindir de tomar en consideración la nacionalidad o ciudadanía del titular, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros. Es lo que ocurre con aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye un fundamento del orden político y de la paz social. Son derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos. Los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, religiosa y de culto (STC 107/1984), a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985), a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003), a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990) y a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000) corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto al de los españoles. Son derechos inherentes a la dignidad de la persona humana y se reconocen, en consecuencia, a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.

En este punto quiero mencionar a HERNÁNDEZ GIL<sup>83</sup>, que destaca que la Constitución, cuando en el artículo 10 se refiere a la persona, antepone la palabra «dignidad», subrayando su significado. Con ello no se limita a designarla, sino a resaltarla como un valor, que es inmanente a la persona y trasciende a la ordenación constitucional. Así, aun a quien se comporta «indignamente» se le ha de reconocer su dignidad, porque se trata de un valor ético absolutamente objetivo que no depende de la reciprocidad. De esta forma, la dignidad no está en función de cómo sea encarnada y asumida por cada uno. Ha de presuponerse siempre. Por tanto, el sentido de la norma constitucional no queda agotado o centrado en que las personas hayan de observar una conducta propia de su dignidad, sino que, sobre todo, comprende la necesidad, el deber del respeto a la dignidad de las personas. La Constitución dispone que la dignidad de la persona y otras proposiciones normativas (los derechos inherentes a la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás) son, como ya he dicho, «*fundamento del orden político y de la paz social*». Para este autor, decir que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social «*no es sólo formular un precepto con fuerza obligatoria para los ciudadanos y los poderes*

---

<sup>83</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La Constitución y su entorno*. Obras completas. Tomo 7. Madrid: Espasa-Calpe, S.A., 1988. pp. 315 y ss.

*políticos, sino mostrar al exterior, en términos reflexivos, explicativos y esclarecedores, cómo entiende el legislador constituyente el fundamento del orden político y de la paz social».* El «orden político», junto al orden social y económico que también organiza y configura la Constitución, forma el orden jurídico, en cuanto que ordena o regula normativamente determinadas materias. La «paz social» no es una materia, sino un fin. Cuando la Constitución establece que la dignidad de la persona humana es fundamento de la paz social, quiere decir que esta no se consigue sin la dignidad de la persona, sin su adecuado respeto y protección.

b) Por otro lado, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros. Son los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución que dispone: *«1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».* Este artículo hay que ponerlo en relación con el artículo 13.2 que establece: *«Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».*<sup>84</sup> Esto es, solo atendiendo a criterios de reciprocidad se puede reconocer a los extranjeros, por tratado o ley, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Para JAVIER DE LUCAS, *«no habrá igualdad hasta que no haya reconocimiento de la plena condición de sujeto del espacio público y eso es tanto como decir plenitud de derechos políticos, algo que a día de hoy es indisociable de la ciudadanía»*<sup>85</sup>, salvo en la Unión Europea que ha reconocido el derecho al voto local a los ciudadanos de la Unión en su lugar de residencia quedando así desvinculado el derecho de sufragio y la nacionalidad<sup>86</sup>. Es la condición de vecino -que resulta de la inscripción en el Padrón municipal- la que otorga la titularidad del derecho al sufragio municipal a los ciudadanos comunitarios. A los extranjeros no nacionales comunitarios, aunque sean vecinos, el reconocimiento del derecho al sufragio municipal queda supeditado al mismo reconocimiento a los ciudadanos españoles -por ley o tratado- en el país de origen del extranjero

---

<sup>84</sup> Este apartado 2 del artículo 13 fue reformado el 27 de agosto de 1992, consistiendo la reforma en añadir las palabras «y pasivo».

<sup>85</sup> DE LUCAS, Javier: “El Derecho ante el reto de la integración. Los instrumentos jurídicos de respuesta a la presencia estable de los inmigrantes”. En: Jornadas de la Abogacía General del Estado: Derecho, Integración e Inmigración. p. 12.

<sup>86</sup> Artículo 8 B del Tratado de Maastricht: *«Todo ciudadano de la Unión Europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida».*

en cuestión. Para este autor, el derecho al sufragio municipal no agota la cuestión del reconocimiento de derechos políticos y el acceso a la ciudadanía para los inmigrantes pero sí tiene una fuerza simbólica decisiva. Entiende que el acceso a la participación política plena de los extranjeros resulta coherente con las exigencias del propio principio democrático pues son personas que están sujetas a un mismo ordenamiento jurídico pero carecen del derecho a participar en su producción aunque incrementan, con su presencia, el censo y, por tanto, el número de representantes a elegir sin que ellos puedan ni votar ni ser elegidos.

En mi opinión, es innegable la contribución económica del extranjero a la sociedad de acogida por cuanto contribuye con su trabajo y sus cotizaciones sociales y con el pago de sus impuestos, pero considero que por ello no debe ser considerado un miembro pleno de la comunidad en el sentido de tener el mismo poder de deliberación y decisión política que los nacionales. Sí en el caso de las elecciones municipales, pues las decisiones de las corporaciones locales les afectan muy directamente.

En definitiva, según nuestra legislación solo los ciudadanos españoles son titulares de derechos políticos, salvo el derecho al sufragio en el ámbito municipal, que en el caso de extranjeros no comunitarios está condicionado a criterios de reciprocidad. De esta forma, el derecho al voto en las elecciones municipales queda condicionado al lugar de nacimiento, no siendo determinante el hecho de residir de forma estable en un determinado lugar. Este condicionamiento hace en muchos casos imposible el ejercicio del derecho y en otros, muy improbable. Por ejemplo, Ecuador (segunda nacionalidad de origen de inmigrantes en España) prohíbe en su Constitución el reconocimiento del derecho al voto a los extranjeros. Tampoco lo reconocen la mayoría de los países de África, China o Cuba. Esto provoca situaciones de desigualdad o de discriminación injustificada entre emigrantes que están en España en las mismas condiciones pero que difieren por su origen nacional. Como dice JAVIER DE LUCAS, el condicionamiento a la reciprocidad significa supeditar el ejercicio del derecho al voto de los extranjeros no comunitarios residentes en España a la calidad democrática de su país de origen, de forma que aquellos países de origen donde existan regímenes autoritarios o dictatoriales que no reconozcan o limiten los derechos democráticos de sus ciudadanos, consiguen de hecho impedir también el ejercicio del derecho al voto a sus nacionales residentes en sociedades democráticas avanzadas. Para evitar estas situaciones una solución sería, como apunta la Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local de 5 de febrero de 1992, ampliar el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas a todos los ciudadanos de

terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión Europea desde hace al menos tres años, pues entiende este reconocimiento como un elemento básico en la integración de los inmigrantes y su incorporación a la sociedad de acogida como miembros de pleno derecho. Otra solución sería modificar la Constitución por la vía del artículo 167 y suprimir la exigencia constitucional de la reciprocidad para acceder al derecho de sufragio.

c) Por último, hay otros derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. De nuestra jurisprudencia se deduce que este sería el régimen jurídico de derechos como el derecho al trabajo (STC 107/1984), a la salud (STC 95/2000), a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995) y el derecho de entrada y residencia en España (SSTC 94/1993, 242/1994 y 24/2000).

1. DERECHOS RELACIONADOS CON EL DESARROLLO DE LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS. Mecanismos jurídicos para garantizar la seguridad material de la familia

Como se concluye de lo anterior, los extranjeros en España gozarán de derechos que son inherentes a su condición de personas, con base en la dignidad humana, y de los derechos derivados por su condición de residentes. Analizo a continuación algunos de estos derechos -cuyo contenido ha sido determinado por el Tribunal Constitucional- por la especial incidencia que su ejercicio tiene en el desarrollo de su vida familiar.

### 1.1 Derecho de entrada y libertad de residencia

Son dos derechos distintos reconocidos en el artículo 19 de la CE: *«Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos»*.

Para la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2005, el derecho a entrar en el territorio nacional protege la conducta consistente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en el territorio nacional. La libertad de residencia protege la conducta del individuo consistente en elegir libremente su residencia en territorio español. Así, el extranjero que no ha estado nunca en España no puede invocar la libertad de residencia y los eventuales obstáculos del poder público a las

pretensiones del extranjero no constituyen vulneraciones de la libertad de residencia garantizada en el artículo 19.

Para este Tribunal, el artículo 13 de la Constitución, cuando dispone que «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*», no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países, ni convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presentan en nuestras fronteras. Para él, el sujeto de derechos al que se refiere la regulación del artículo 13.1 no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia esta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el artículo 13.1 de la Constitución.

Por todo ello, puede concluirse que la literalidad del artículo 13.1 no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros.

Además, en una interpretación sistemática<sup>87</sup>, analizados la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no hay duda de que el derecho a entrar en España, con carácter de fundamental, solo corresponde a los españoles y no a los extranjeros.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce a todos el derecho a salir de cualquier país, pero sólo garantiza el derecho a entrar en el país propio, pues su artículo 13 establece que «*Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*».

Por su parte, el Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también garantiza el derecho de quien se encuentre en situación regular en un Estado a circular libremente y a escoger su residencia, así como el derecho de toda persona a abandonar cualquier país (artículo 2) y el de no ser expulsado «*del Estado del cual sea ciudadano*» (artículo 3.1);

---

<sup>87</sup>El artículo 10.2 CE recoge un criterio relevante para la interpretación sistemática de la Constitución Española pues establece que los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre esa materia ratificados por España, de forma que la regulación contenida en ellos adquiere trascendencia interpretativa a estos efectos.

pero el derecho a entrar sólo se reconoce con respecto «*al territorio del Estado del cual sea ciudadano*» (artículo 3.2).

El artículo 12 del Pacto reconoce a toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado –por tanto, también a los extranjeros– el derecho a «*circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia*», así como el derecho de todos a «*salir libremente de cualquier país, incluso del propio*». También garantiza dicho precepto que nadie sea «*arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país*».

En definitiva, de la Constitución no se deriva un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España pero el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la Ley y será tutelado por los Jueces y Tribunales españoles de acuerdo con las exigencias impuestas por el artículo 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva), que sí recoge un derecho del que son titulares los extranjeros, como se dice más adelante.

Ya el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 94/1993, de 22 de marzo, señaló que el artículo 19 CE reconoce la libertad de circulación «*a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio*» (F. 4), invocando los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

### 1.2 Derecho a la nacionalidad

El extranjero que resida legalmente en España durante los plazos que establece el Código Civil, adquirirá, si lo pide, la nacionalidad española<sup>88</sup>. Además, la nacionalidad se puede adquirir por contraer matrimonio con una persona de nacionalidad española (lo examino con detalle en el capítulo siguiente dedicado al matrimonio de conveniencia) y por nacimiento en España de padres extranjeros que reúnan los requisitos establecidos en el Código Civil (lo analizo igualmente en el capítulo dedicado a los derechos de los menores extranjeros).

El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 24.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establecen el principio básico de que todas las personas tienen derecho a

---

<sup>88</sup> Vid., sobre esta materia, LARA AGUADO, Ángeles. “Nacionalidad e integración social”. *Revista La Ley*. 2003, núm. 5694, XXIV, Vol. I. pp. 1-11; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. “Principios inspiradores y objetivos de la nueva Reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. 2002, núm. 1. pp. 47-86.

una nacionalidad y a cambiar de nacionalidad. Por ello, la nacionalidad no tiene por qué ser la misma para todos los miembros de la familia. Esto tiene su reflejo en el artículo 14 de la Constitución al establecerse la no discriminación por razón de sexo, de modo que ninguno de los cónyuges pierde su nacionalidad al contraer matrimonio, como le ocurría a la mujer española antes de la reforma de 1974.

La adquisición de la nacionalidad española es importante para los extranjeros pues supone el reconocimiento de otros derechos. El Tribunal Supremo (sentencia de la Sala 3ª de 15 de diciembre de 2004) hace una referencia detallada de lo que la adquisición de la nacionalidad supone para quien la solicita -que es precisamente lo que normalmente le lleva a solicitarla- y que denomina como un plus que se adquiere y de la naturaleza política que tiene ese algo que se añade a la personalidad del solicitante cuando su solicitud es estimada: el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, esto es, el reconocimiento del artículo 23, antes vetado, como hemos visto en el apartado anterior.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 132-bis/1992, de 1 de julio, ya había resaltado cómo *«el acto de conferimiento de la nacionalidad no es un acto administrativo como cualquier otro; antes al contrario, tiene una acusadísima cualificación que lo singulariza frente a los demás, ya que, ni siquiera una Ley o un tratado, puede hacer lo que mediante ese acto, previa la cuidadosa y prudente apreciación de la concurrencia de los requisitos que la Ley establece, puede hacerse»*.

En este punto creo conveniente destacar que el Tribunal Constitucional tiene dicho<sup>89</sup> que el párrafo primero del artículo 23 de la Constitución reconoce dos derechos –sufragio activo y sufragio pasivo– que enmarcan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político, consagrados en el artículo 1. Y en su párrafo segundo (*«[los ciudadanos] tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»*), distingue «funciones» y «cargos» públicos, y por tanto reconoce el derecho a acceder a puestos funcionariales (incluido el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa) y a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales

---

<sup>89</sup> Sentencias núm. 71/1989, 192/1991, y 200/1991, entre otras.

en los que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución (Comunidades autónomas, Municipios y Provincias)<sup>90</sup>.

Además de un determinado tiempo de residencia legal, otro de los requisitos que establece el Código Civil para resolver si procede o no acceder a la pretensión de que se conceda la nacionalidad española a un extranjero por causa de residencia hace referencia a la «buena conducta cívica», de forma que el solicitante tiene la carga de probar que viene observando una conducta de tales características. En el caso de que no se considere así y se recurra la denegación, se impone al juez el deber de averiguar si, a la vista de las pruebas que tiene que aportar el interesado, viene observando esa «buena conducta cívica».

### 1.3 Los derechos de reunión y asociación

El Tribunal Constitucional tiene declarado, en su sentencia núm. 85/1988, de 28 de abril, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real y objetivo (lugar de celebración).

El artículo 21 de la Constitución reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, sin hacer ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, esto es, sin excluir a los extranjeros. Y el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 236/2004, de 7 de noviembre, lo vincula con la dignidad de la persona, que ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que se encuentre. El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete el contenido esencial que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentra. De ahí que negar este derecho a los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España sea inconstitucional.

Y lo mismo ocurre con el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución utilizando la fórmula impersonal de «Se

---

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 23/1984, de 20 de febrero.



*reconoce el derecho de asociación»*. Para el Tribunal Constitucional el derecho de asociación también se encuentra vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y resulta necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Por tal razón no es admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, sin perjuicio -como sucede con el derecho de reunión- de que el legislador pueda establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado.

#### 1.4 El derecho al trabajo y el derecho a percibir una prestación de desempleo

El artículo 35 de la Constitución establece que *«Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo»*. La Declaración Universal de Derechos Humanos amplía la titularidad de este derecho cuando en su artículo 23 recoge que *toda persona* tiene derecho al trabajo. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla en su artículo 6 el derecho *de toda persona* a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y, por su parte, la Carta Social Europea, en su artículo 1, dispone:

*«Las partes contratantes se comprometen:*

*1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo.*

*2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.*

*3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores.*

*4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.»*

El derecho al trabajo es un derecho de especial importancia en materia de extranjería ya que un alto porcentaje de inmigrantes persiguen como objetivo prioritario en el país de acogida encontrar un puesto de trabajo que les permita autosuficiencia económica y ayudar a sus familias.

Pero este es uno de los derechos en los que el legislador puede tomar en consideración la situación legal y administrativa de los extranjeros y exigir la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para su ejercicio. Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, admitió que *«una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución»*.

Y por lo que respecta al derecho a percibir una prestación por desempleo, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 130/1995, de 11 de septiembre, declara que un trabajador extranjero, empleado por una empresa española, no puede ser excluido de la prestación de desempleo a la que tienen derecho los trabajadores nacionales si cumple con las previsiones legales que regulan dicha prestación. Entenderlo de otra manera lesiona el derecho a la igualdad ante la ley que el artículo 14 de la Constitución garantiza.

### 1.5 Derechos de sindicación y huelga

Unido al derecho al trabajo, están los derechos de sindicación y huelga. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde la inicial sentencia núm. 11/1981, de 8 de abril, viene afirmando que la huelga, como hecho consistente en la cesación o paro en el trabajo, es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 28.2 de la Constitución establece: *«Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses»*. La dicción literal de este artículo no realiza distinción alguna en cuanto a los sujetos titulares del derecho y tampoco lo hace el Real Decreto-Ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sino que, coherentemente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general a todos ellos.

Es por ello que el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 259/2007, de 19 de diciembre (recurso de inconstitucionalidad núm. 1640/2001) ha declarado que es un derecho que corresponde al trabajador, independientemente de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse, de forma que no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo. Con esta declaración, el Tribunal pretende proteger los derechos

del trabajador extranjero que, aun careciendo de autorización administrativa para trabajar, esté efectivamente trabajando en nuestro país.

Lo mismo ocurre en relación al derecho de sindicación. La sentencia del Tribunal constitucional núm. 236/2007, de 7 de noviembre, dispone que: «[...] *la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho de libertad sindical que efectúa el art. 28.1 CE interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España. Tampoco se compadece con este derecho la limitación consiguiente que deriva para el derecho de los sindicatos de defender y promover los intereses de estos trabajadores.*»

### 1.6 El derecho a la salud

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 95/2000, de 10 de abril, establece que la exigencia a los extranjeros de tener establecida su residencia en el territorio nacional para poder acceder al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, no vulnera ningún derecho constitucional.

Así, el artículo 12 de la Ley de extranjería, modificado por la Disposición final 3ª del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, establece que *«Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria»*.

Según la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada también por el Real-Decreto anterior, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros queda configurado de la siguiente manera:

- Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

- Los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

- Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

- Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto.

Fuera de estos casos, la sanidad pública atenderá a los extranjeros y el coste de su atención corresponderá a sus países de origen en caso de que haya convenio de colaboración bilateral con España. Si no hay convenio de colaboración será el extranjero el que deba abonar su factura. Si se trata de un extranjero sin recursos, la deuda quedará registrada y se le podrá reclamar si mejora su fortuna. Además las Comunidades Autónomas pueden formalizar convenios especiales de asistencia sanitaria para que las personas no aseguradas ni beneficiarias puedan acceder a la sanidad pública, que tendrán un coste de 710,4 euros al año (59,2 euros mensuales) o de 1.864,8 euros (155,4 euros mensuales) si el interesado tiene más de 65 años.

En definitiva, se reconoce la asistencia sanitaria a los extranjeros que residan legalmente en España, y para los que no, sólo en caso de necesitar asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente. No se hace esta distinción en relación con los menores extranjeros y mujeres embarazadas, a los que se reconoce el derecho independientemente de su situación regular o irregular de residencia.

### 1.7 El derecho a la educación

El artículo 27.1 de la Constitución dispone que *«Todos tienen derecho a la educación»*. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26) y el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (artículo 13) reconocen el derecho de toda persona a la educación. Además, el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, establece: *«A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»*.

Para el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 236/2007, de 7 de noviembre), de las anteriores disposiciones se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno

y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para *«establecer una sociedad democrática avanzada»*, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución.

Recuerda además que nuestra jurisprudencia, no limita, por tanto, la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (artículo 27.4 CE), sino que esa dimensión deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando *«el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza»* (artículo 27.5 CE).

Así lo entiende también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que el Protocolo mencionado no obliga a los Estados a crear un sistema de enseñanza, sino a *«garantizar a las personas bajo la jurisdicción de las Partes Contratantes el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado»*<sup>91</sup>.

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la Constitución incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.

En el capítulo V, dedicado a los derechos de los menores extranjeros examino los conflictos que pueden surgir en el ámbito educativo con motivo del uso del velo islámico o la presencia del crucifijo en las aulas.

## 2. ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL INMIGRANTE

El ejercicio del derecho a la libertad religiosa del inmigrante, derecho universal, depende del ordenamiento jurídico del país de acogida.

MARTÍN SÁNCHEZ<sup>92</sup> realiza un análisis de las repercusiones del artículo 13.1 de la Constitución española: *«En esta materia es preciso*

---

<sup>91</sup> Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, 23 de julio de 1968.

*partir de lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Constitución, según el cual “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establecen los tratados y la ley”.*

*La referencia a los Tratados Internacionales y a la ley, contenida en este artículo, no significa una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros en España respecto de los derechos fundamentales, sino que el contenido de estos derechos es de configuración legal. Configuración legal que puede no tomar en consideración la nacionalidad del titular; en cuyo caso se producirá una completa igualdad entre españoles y extranjeros. Ello sucede en relación con los derechos fundamentales que son imprescindibles para garantizar la dignidad de la persona, entre los cuales se encuentran los derechos a las libertades religiosa e ideológica»*

En España, como hemos visto antes, está configurado como un derecho constitucional. El artículo 16 de nuestra Constitución establece:

*«1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*

*2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

*3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».*

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho en varias sentencias<sup>93</sup>, entre ellas la dictada el 11 de noviembre de 1996, cuyo fundamento jurídico noveno dice así: *«El derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad [...] incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los*

---

<sup>92</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y enseñanza*. Granada: Comares, 2002, pp. 125-126.

<sup>93</sup> Sentencias números 19/1985 (F.J. 2º), 120/1990 (F.J. 10º) y 137/1990 (F.J. 8º).

*ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros».*

Así, el derecho de libertad religiosa es el derecho de toda persona a elegir y profesar una religión tanto en el ámbito interno -privadamente- como externo -públicamente- cuyo ejercicio puede realizarse tanto de forma individual como colectiva, en un grupo religioso.

Este derecho constitucional lo desarrolla la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, cuyo artículo 2 regula su ámbito de aplicación y contenido:

*«1. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*

*a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.*

*b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.*

*c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

*d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.*

*2. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.*

*3. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.»*

Por su parte, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, que establece en su artículo 12:

*«1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.*

*2. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos a coacción alguna que limite su libertad de profesar o adoptar una religión o creencia de su elección.*

*3. La libertad de expresar la propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades fundamentales de los demás.*

*4. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»*

La primera conclusión de la lectura de los anteriores artículos es que se trata de un derecho que debe ser reconocido a toda persona, pues no hacen ninguna distinción, incluyendo por tanto a los extranjeros en España y en las mismas condiciones que los españoles.

Con respecto a la naturaleza y contenido de ese derecho que se puede ejercer en igualdad de condiciones, se deben realizar varias precisiones.



En primer lugar, sobre el alcance de la terminología del Convenio, GONZÁLEZ SCHMAL<sup>94</sup>, siguiendo a MARTÍNEZ TORRÓN, desarrolla la siguiente teoría:

*«...las disposiciones relativas a libertades espirituales en la Declaración de la ONU de 1948, en el Convenio Europeo de 1950, en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 1966 y en la Declaración contra la intolerancia religiosa, de 1981, en las cuales para caracterizar el derecho de libertad religiosa se utiliza la siguiente triada: libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

*En opinión de Javier Martínez Torrón...sería desenfocado considerar que éstos términos se corresponden con tres libertades diversas, cada una de ellas con un ámbito de protección propio y exclusivo y, por tanto, excluyente del ámbito protegido por las otras dos. Esa visión obedecería más a planteamientos apriorísticos personales que a la intención detectable en el contexto de los convenios y declaraciones internacionales, cuyo recurso a esa triple terminología parece conveniente de emplear las expresiones tradicionalmente acuñadas en Occidente y por la necesidad de subrayar la igualdad de las creencias religiosas y no religiosas.*

*En efecto, cuando se analiza el artículo 9.1 del Convenio Europeo, como lo mismo sucedería con el artículo 18 de la Declaración Universal, se advierte que los tres términos mencionados en su inicio son menos importantes que su descripción subsiguiente, introducida con las expresivas palabras “este derecho implica” (nótese el singular). Es decir, en la parte relativa el artículo 9.1 del Convenio dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho...”. De aquí se desprende claramente que en realidad, se está hablando de distintas dimensiones de un solo derecho de libertad, del cual se señalan a su vez varias manifestaciones genéricas: la libertad para creer, para elegir el objeto de las propias creencias; para formar asociaciones –más o menos institucionalizadas- inspiradas en esas creencias, así como para adherirse a ellas o abandonarlas; y para exteriorizar las creencias en la conducta personal y colectiva, incluyendo la difusión y el proselitismo. En resumen, la libertad de individuos y de grupos para profesar una creencia y manifestarla».*

---

94

En segundo lugar, enlazando con la última idea de GONZÁLEZ SCHMAL y MARTÍNEZ TORRÓN<sup>95</sup>, no se debe olvidar la importancia del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, para lo que interesa conocer también el estatus jurídico de las confesiones religiosas. MARTÍN SÁNCHEZ<sup>96</sup>, nos pone de manifiesto que: *«En relación con esta cuestión, es necesario partir de la base de que la Comisión Europea de Derechos Humanos, tras alguna decisión contraria inicial, ha reconocido que las confesiones religiosas son titulares de los derechos garantizados en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta jurisprudencia puede considerarse consolidada. Dicha titularidad corresponde también a aquellas entidades, que presentan alguna similitud con las confesiones. Así, la Comisión ha entendido que esta semejanza existe respecto de las asociaciones con fines religiosos y filosóficos, pero no en relación con las entidades lucrativas»*.

En España, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (LOLR), las confesiones gozan de autonomía interna, y adquieren personalidad jurídica, una vez inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, pudiendo ser susceptibles de firmar un acuerdo con el Estado español, aquellas que tengan notorio arraigo social (art. 7 de la LOLR). Este régimen va encaminado a facilitar el ejercicio, en plenitud, del derecho de libertad religiosa del que son titulares los sujetos colectivos.

En tercer lugar, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica, el derecho a la libertad religiosa es imprescindible para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español. Como ya he dicho, estos derechos corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, por su condición de personas, por lo que no puede haber ninguna distinción en relación a los españoles.

En cuarto lugar, se debe hacer hincapié en que se trata de un derecho íntimamente relacionado con el desarrollo de la vida familiar del inmigrante, pues la religión, para quien la profesa, constituye uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida, de forma que la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y debe ser

---

<sup>95</sup> GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl. *La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2004, pp. 77-78; MARTÍNEZ TORRÓN, Javier. "El derecho de libertad religiosa". *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 1986, núm. 2, pp. 406-496.

<sup>96</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y enseñanza*. Granada: Comares, 2002

condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2) y en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, en su resolución núm. 36/55 (artículo 3).

Finalmente, el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática (artículo 3 de la citada Ley Orgánica 7/1980).

Como manifestaciones de la libertad religiosa relacionadas con los extranjeros que afectan a la vida familiar podemos destacar:

### 2.1 La poligamia

La poligamia, que supondría el mantenimiento de múltiples vidas de familia, se suele practicar por los musulmanes y los mormones, y otras comunidades religiosas menos conocidas.

El matrimonio islámico admite la poligamia, como un privilegio del varón, no de la mujer. Su fundamento está en el Corán, Sura IV, 3, según el cual el número de mujeres que el varón musulmán puede tener simultáneamente está limitado a cuatro. En la actualidad, una de las más importantes reformas del Derecho de familia musulmán ha sido la restricción, y en algunos casos, como Túnez, la prohibición de la poligamia. La justificación para ello se encuentra en el propio Corán que impone al hombre polígamo tratar por igual a todas su mujeres, lo que incluye dar el mismo trato material a todas. De esta manera, si el varón no puede comprometerse a mantener más que a una mujer, este será su límite. En España, es una práctica prohibida con base en los derechos humanos universales y está penalizada en nuestro Código Penal, que considera un delito contra las relaciones familiares el celebrar matrimonios ilegales como lo es el segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.

La compleja conexión entre poligamia y ejercicio de libertad religiosa trae otras derivaciones interesantes. En lo que se refiere al cónyuge reagrupable podemos hablar de un orden público internacional

atenuado que permite al matrimonio poligámico desplegar algunos efectos, en concreto, las pensiones de viudedad constituyen un claro ejemplo<sup>97</sup>.

Las sentencias del Tribunal Constitucional en España y de algunos Tribunales Superiores de Justicia resultan de sumo interés, así como la falta de uniformidad en los criterios aplicables, de ahí que a nivel internacional también apreciemos la necesidad de encontrar un común denominador, razón por la que MARTÍNEZ ABASCAL<sup>98</sup> aboga por una homogenización en el ámbito comunitario: *«no implicaría que necesariamente hubiera de compartirse, desde un prisma axiológico, la práctica civil y cultural de la poligamia en el ámbito comunitario. Únicamente supondría la toma en consideración de esa práctica en cuanto que la misma se acomoda a la legislación de un tercer Estado y, en ese marco normativo de referencia, se orienta hacia una solución que, sin identificarse con dicha práctica, no resulte perjudicial para los beneficiarios de las correspondientes prestaciones y coadyuve a la integración socio-laboral y a un desarrollo normalizado de la ciudadanía social del inmigrante y su familia»*.

## 2.2 Uso del velo islámico

El uso del velo islámico por motivos religiosos es el objeto de análisis de este punto.

Los motivos para el uso del velo son tan variados como el número de mujeres que lo portan, pues cada una tendrá sus propias razones, que pueden basarse en motivos religiosos, o sociales, o políticos, o en varios de ellos, o en todos ellos. El uso del velo islámico es un símbolo religioso, pero también un símbolo cultural o político, ya que en el caso del Islam estos aspectos están ligados a lo religioso.

Por lo tanto, pueden ser muchas las razones por las que una mujer musulmana lleve un velo, pero solamente las de índole religiosa pueden considerarse amparadas por el derecho fundamental sobre esta materia.

---

<sup>97</sup> LABACA ZABACA. M<sup>a</sup> Lourdes, “La familia polígama y pensión de viudedad”. *Revista Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*. Aranzadi, 2005, núm. 22/2004. Disponible en la Web: [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es); LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. “La poligamia y algunas prestaciones de la Seguridad Social”. *Boletín Aranzadi Laboral*, noviembre 2001, disponible en la Web: <http://www.westlaw.es>; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo. “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia”. *Aranzadi Social*. 2002, núm. 19. Disponible en la Web: <http://www.westlaw.es>; MOLINA HERMOSILLA, Olimpia. “Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites”. *Aranzadi Social*. 2001, núm. 18. Disponible en la Web: <http://www.westlaw.es>

<sup>98</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio. *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2005. p. 48.

Antes de comenzar el análisis, creo necesario precisar que solo el uso del velo es digno de protección como manifestación de un derecho fundamental si responde a una decisión libre de la mujer, que decide sobre su imagen. Sin embargo, el uso impuesto por los padres o los maridos anularía el amparo que dicha práctica podría merecer en virtud del derecho de libertad religiosa. La imposición puede considerarse constitutiva de un delito de coacciones, que encuentra respuesta penal en los ordenamientos jurídicos de las sociedades occidentales.

El velo como manifestación de una decisión libre y autónoma de la mujer sobre sus creencias es usado por muchas mujeres musulmanas. Utilizan distintos tipos de prendas para cubrir parte o gran parte de su cuerpo. El *hijab* es un pañuelo que cubre toda o gran parte de la cabeza; el *chador* (típico de Irán) es una vestimenta larga que deja a la vista únicamente la cara y las manos; el *niqab* (presente en el ámbito saudí) es un pañuelo que cubre la cabeza dejando una apertura de unos centímetros a la altura de los ojos para poder ver, y se acompaña con la *abayah*, que cubre el resto del cuerpo y, por último, el *burka* (típico de la mujer afgana), que es una sola pieza de tela que tapa todo el cuerpo y tiene una rejilla a la altura de los ojos para poder ver.

El *burka* y el *niqab*, al cubrir por completo el cuerpo y el rostro de la mujer, se denominan habitualmente velo integral.

El Corán, en la Azora XXXIII, 59, dice: «¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas, a las mujeres creyentes, que se ciñan los velos. Este el modo mas sencillo de que sean reconocidas y no sean molestadas. Dios es indulgente, remisorio». No hay acuerdo entre las propias comunidades musulmanas acerca de la obligatoriedad de su uso. Para MOTILLA DE LA CALLE<sup>99</sup>, el Corán recomienda a las mujeres cubrir sus cabezas. Si bien no impone el uso del velo, esto es, no hay una obligatoriedad religiosa derivada del texto del Corán, la obligatoriedad moral para el creyente es suficiente para defender su uso. Además, como dice GUTIÉRREZ DEL MORAL<sup>100</sup>, en el Islán «no hay una interpretación única de las normas religiosas. Existen diversas corrientes y a su vez, diferentes escuelas jurídicas, que podemos relacionar e identificar en diferentes Estados islámicos. Por tanto, dependiendo de si en un país se da una interpretación más literal o rígida de la ley islámica, o más flexible y abierta, esto tendrá consecuencias directas en la imposición del uso del velo para la mujer».

---

<sup>99</sup> MOTILLA DE LA CALLE, Agustín. “El problema del velo islámico en Europa y en España”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX, 2004, pp. 87-129

<sup>100</sup> GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús. “A propósito del velo islámico ¿Es posible una solución intercultural?”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2010, núm. 14.

Cuando se usa como expresión de las propias creencias religiosas, solo el velo integral puede entrar en conflicto con los valores de las sociedades democráticas, pues la mujer queda invisible ante la sociedad y con ello, los partidarios de su prohibición en espacios públicos entienden que se atenta contra la dignidad de la mujer, la igualdad y la no discriminación. Además, se alega una cuestión importante como es la seguridad ciudadana. Hay que distinguir, pues, entre el uso del velo integral y el uso de pañuelos que dejan ver el rostro de la mujer y no impiden la comunicación visual, ni su identificación.

Para LOPEZ-SIDRO LÓPEZ<sup>101</sup>, de los distintos significados que se pueden atribuir al velo islámico, uno de ellos, señalado en las sociedades occidentales, es el de símbolo de identidad musulmana, esto es, *«el que otorga al velo un carácter identificador de grupo al que se pertenece o de creencias que se profesan frente a otras del entorno. En este sentido, el velo actúa, además de con su función primaria de proteger el cuerpo de la mujer de la vista de los demás, como un símbolo de afiliación o pertenencia, que recuerda, en una sociedad extraña al mundo islámico, y a veces vista como hostil –al menos en el campo de la moral- lo que la mujer musulmana es y debe seguir siendo»*. Señala este autor que, mientras que la función original del velo es ocultar a la mujer, *«en los países que han recibido a inmigrantes musulmanes provoca el efecto contrario, el hacerla más visible o, mejor, más llamativa su presencia»*.

Para muchos es un símbolo de subordinación de las mujeres en el Islam y signo externo de planteamientos fundamentalistas. De ahí que el velo integral haya sido prohibido en los espacios públicos en países de nuestro entorno, como Bélgica o Francia, aun tratándose de un fenómeno marginal<sup>102</sup>.

Bélgica se convirtió en el primer país de la Unión Europea en aprobar una ley prohibiendo con carácter general el velo integral en espacios públicos. Su parlamento aprobó el 29 de abril de 2010 un proyecto de ley prohibitivo de este uso. Tras la disolución de las Cámaras en mayo de 2010, el proyecto quedó pendiente de aprobación por el Senado. Después de la celebración de elecciones, ambas cámaras lo

<sup>101</sup> LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel. “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2013, núm. 32.

<sup>102</sup> En Bélgica, aunque no hay estadísticas oficiales sobre cuántas mujeres llevan velo integral, según *Human Rights Watch* los expertos están de acuerdo en que se trata de un fenómeno marginal entre los 400.000 musulmanes que viven en Bélgica. Y en Francia, solo 1.900 mujeres de un total de entre 5-6 millones de musulmanes portan el velo integral. ALÁEZ CORRAL, Benito. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”. En: UNED. *Teoría y realidad Constitucional*. 2011, núm. 28. pp. 483-520.

retomaron y lo aprobaron con un texto casi idéntico el 1 de julio de 2011. Esta ley prevé una modificación del Código Penal, que introduce penas-multas de 15 a 25 euros y/o prisión de 1 a 7 días por la comisión de una falta consistente en «presentarse en los espacios públicos con el rostro total o parcialmente cubierto de forma que la persona sea irreconocible» (artículo 563 bis del Código Penal belga). Su Tribunal Constitucional estimó (sentencia de 5 de octubre de 2011) que aunque una mujer decida libremente llevarlo, su uso va en contra de la igualdad de sexos, valor fundamental de la sociedad democrática y además el ocultamiento del rostro priva a la mujer de su individualidad, algo imprescindible para la vida en sociedad, junto con el establecimiento de lazos sociales. Por todo ello, queda configurado su uso como una infracción penal, que permite castigar a la mujer que la comete incluso con una pena privativa de libertad.

En Francia se aprobó la Ley de prohibición de ocultación del rostro en espacios públicos el 11 de octubre de 2010, fundamentando la prohibición tanto en el orden público material (seguridad pública) como en el orden público inmaterial (exigencias mínimas de la vida en sociedad). Esta ley sanciona el incumplimiento con multas administrativas de hasta 150 euros y/o la asistencia obligatoria a clases de ciudadanía para las mujeres inmigrantes.

Pese a estas justificaciones de la prohibición y la sanción del velo integral no comparto que no se respete la decisión libre de una mujer a usar el velo (no podría hablarse, pues, de discriminación), que además pueden perjudicarla si para evitar la sanción procura no salir de su entorno. Otra cosa es que, como expresión de un derecho fundamental, su uso esté sujeto a límites, como el resto de los derechos.

En este punto quiero recordar, en el marco del Consejo de Europa, la Recomendación 1927(2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa. En ella se establecen determinadas actuaciones que la Asamblea parlamentaria pide que el Comité de Ministros adopte, como la recogida en el apartado 3.13, que dice así: *«Exhortar a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo completo o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica. Exhortarles asimismo a proteger la libre elección de estas mujeres para usar ropa religiosa o especial y garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres musulmanas a participar en la vida pública y llevar a cabo actividades de educación y profesionales. Restricciones legales a esta libertad pueden estar justificadas, cuando sea necesario en una sociedad democrática en*

*particular, por motivos de seguridad o cuando las funciones publicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse».*

En España no existe ninguna ley estatal que prohíba el uso del velo integral en el espacio público como manifestación religiosa, aunque en algunas ocasiones su uso puede entrar en contradicción -como más adelante expongo- con, por ejemplo, normas del ámbito educativo que disponen que no se utilice ninguna prenda que cubra la cabeza; normas administrativas que regulan la fotografía de identidad en los distintos permisos de residencia, de conducir, etc.; normas sobre identificación de las personas como medida de seguridad en espacios públicos (por ejemplo, en los aeropuertos); o normas que establecen medidas de seguridad en el ámbito laboral.

Sobre este tema se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de febrero de 2013, dictada por la Sala 3ª. En ella ha declarado la nulidad de los artículos de una Ordenanza Municipal y de un Reglamento del Ayuntamiento de Lérida, que establecían la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos con base en la perturbación de la tranquilidad que provoca la ocultación del rostro en actividades cotidianas. Y la razón de la nulidad es que, con base en el artículo 53 de la Constitución, solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, como es la libertad religiosa. Así, todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la ley y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza o Reglamento municipal.

De la argumentación de la sentencia podemos concluir que solo la ley puede fijar los límites a un derecho fundamental; que los límites que se establezcan a los derechos fundamentales han de encontrarse en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; y que deben ser necesarios para lograr el fin legítimo previsto, proporcionados para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosos con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.

El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre si el uso del velo islámico constituye en todos los casos el cumplimiento de un deber religioso, si es o puede ser una manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa y, por tanto, un signo de tal carácter. Como dice LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ *«lo que se puede juzgar de las creencias –más allá del campo de la teología- no es su mayor o menor acierto o razonabilidad, sólo su posible vulneración del orden público. Por tanto, también es una cuestión*



*de límites, de cómo estos se interpretan y aplican. Y esto último en un ámbito concreto, el llamado espacio público».*

Así, el uso voluntario del velo integral, como manifestación de una creencia religiosa, está permitido aunque sujeto, como todos los derechos, a unos límites legales. El artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa establece que: *«El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».*

Por ello, entiendo más adecuado acudir a la regla de la proporcionalidad -y no a la prohibición general- para determinar si el bien afectado por el uso del velo islámico resulta verdaderamente amenazado y, si es así, que el derecho de libertad religiosa no padezca mas allá de lo necesario para la salvaguarda del otro bien jurídico que demanda su restricción.

Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo citada, nuestra jurisprudencia constitucional establece<sup>103</sup> en cuanto a la ponderación de los intereses en juego un juicio de proporcionalidad. Este juicio consiste en un juicio de idoneidad para determinar si la medida es adecuada para conseguir el objeto perseguido; en un juicio de necesidad, que supone analizar si ese mismo objetivo no se puede lograr con una medida menos gravosa y, por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto que exige que los beneficios que se deriven de la restricción sean mayores que los perjuicios sobre los otros bienes en conflicto.

Hay situaciones, pues, en las que cabría su limitación o, incluso, su prohibición. En cualquier caso, deben fundamentarse en un daño real y objetivo y no en un posible riesgo no probado para los otros bienes jurídicos que operan como límites. Así, en el ámbito laboral, el uso del velo puede prohibirse siempre que contravenga normas de seguridad e higiene del trabajo a desarrollar o cuando el trabajador deba usar equipos de protección individual. Pero mientras no suponga un daño objetivo para su empresa, el empresario debe facilitar el ejercicio de la libertad religiosa por parte de sus trabajadores. También se dan situaciones en el campo de la enseñanza que justifican su prohibición, como analizo más adelante, en el

---

<sup>103</sup> Sentencia núm. 270/1996, de 16 de diciembre de 1996, en la que se cita la sentencia núm. 55/1996, de 28 de marzo y la sentencia núm. 66/1995, 8 de mayo.

Capítulo V, dedicado a los derechos de los menores extranjeros, en concreto, el derecho a su libertad religiosa.

Como he dicho, los límites a este derecho estarían constituidos por:

a) La protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales

El derecho a la vida y a la integridad física y moral recogido en el artículo 15 de la Constitución es el que plantea más situaciones de colisión respecto al uso del velo integral. Como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990, de 27 de junio, este derecho protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención que carezca de consentimiento de su titular.

Únicamente se ha invocado este derecho en el ámbito de las clases de educación física en la escuela, tanto para quien porta el velo islámico como para sus compañeros, alegando que los alfileres con los que se sujeta el velo pueden desprenderse y engancharse en los equipamientos o los puede pisar la propia portadora del velo o los que están a su alrededor y, por ello, producirse lesiones.

En los casos *Dogru* contra Francia y *Kervanci*, también contra Francia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que las niñas musulmanas no debían llevar hijab durante las clases de educación física por los riesgos que podía conllevar para su propia integridad física y justificó la interferencia en el derecho a la libertad religiosa por motivos de la protección de la propia salud de las alumnas.

En España no se ha producido -al menos, que se haya dado a conocer- ningún supuesto de uso de velo integral en la escuela. En el caso de que llegara a producirse, al no existir una prohibición legal al respecto, el Consejo Escolar correspondiente debería valorar los intereses en juego y tomar la medida más adecuada.

b) La seguridad

Como ya he adelantado, hay situaciones en las que resulta necesaria la identificación de la persona con motivo del mantenimiento de la seguridad.

Para la expedición o renovación de los documentos oficiales de identificación, Documento Nacional de Identidad o Pasaporte, se exige una fotografía del rostro con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona.

No hay ninguna duda de que la seguridad es un importante límite al uso del velo islámico integral, pero no justifica prohibiciones generales si es posible aplicar el principio de proporcionalidad para identificar a la persona sin lesionar su ejercicio de libertad religiosa.

En Estados Unidos, por ejemplo, se aplica la doctrina del *Compelling interest test*, que exige que se demuestre un interés superior que justifique la intromisión en el derecho a la libertad religiosa y que además, se haga de la forma menos gravosa. Así, en el caso *Freeman v. State of Florida*, en relación con un conflicto con la foto del carné de conducir donde la señora *Freeman* aparecía con burka, la Administración permitió que la fotografía la tomase una empleada en una habitación aparte, de forma que la cara y el pelo de la mujer solo estuvieran expuestas a otra mujer.

Esta doctrina se asemeja a nuestro juicio de proporcionalidad. Un ejemplo en este campo lo encontramos en la Audiencia Nacional, cuando una mujer con burka debía declarar<sup>104</sup>. Se permitió que declarase sin público y sin cámaras, mostrando únicamente el óvalo facial, pues el Tribunal entendía necesario que mostrase el rostro para determinar la veracidad de la declaración<sup>105</sup> (juicio de idoneidad), y supuso una restricción mínima y ajustada al objetivo perseguido (juicio de necesidad). La medida adoptada por el juez supone un perjuicio que puede considerarse mínimo y momentáneo para la testigo (únicamente se retiró una pequeña parte de la prenda en un momento puntual y ante las personas estrictamente necesarias), por lo que puede concluirse que el juicio de proporcionalidad se había respetado.

---

<sup>104</sup> La mujer, hermana de *Hassan Hssisni* -el suicida que perpetró un atentado terrorista en Irak en enero de 2005- fue citada junto a su marido como testigos en el juicio contra nueve presuntos integrantes de dos células integristas desarticuladas en Madrid y en Cataluña en 2006, que se dedicaban a captar muyahidines para enviarlos a Irak a cometer atentados suicidas. En un principio se negó a descubrir su rostro ante la sala, alegando que sus creencias religiosas se lo prohíben y que ya había mostrado su cara a una agente de la Policía a la entrada de la Audiencia Nacional para identificarse. Tras explicarle el juez que el burka impediría a la Sala valorar sus expresiones durante la declaración, se le permitió declarar con el burka, aunque con el rostro descubierta -por encima de las cejas y por debajo del mentón-, sin cámaras y sin público.

<sup>105</sup> Algunos estudios subrayan la importancia de las expresiones faciales, gestos y lenguaje corporal para determinar si una persona está diciendo la verdad o no. BENEDÍ LAHUERTA, Sara. "La regulación del uso del velo integral. ¿Qué modelo adoptar en España?". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2010, núm. 28.

Una de las razones por la que entiendo más adecuado analizar el caso concreto y buscar el equilibrio de los intereses en juego que adoptar una prohibición legal general, justificada en la necesidad de identificación y la salvaguarda de la seguridad, es que ya existen otras normas, como la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana 1/1992, de 21 de febrero, que cumplen esta función. Esta ley establece en su artículo 20.1 lo siguiente:

*«1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

*2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.*

*3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevara un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.*

*4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»*

En definitiva, con base en la protección del orden público, uno de los argumentos que mas fuerza cobra para prohibir el uso del velo integral es la necesidad de identificación y la salvaguarda de la seguridad pública. Pero ya existe la normativa que obliga a los ciudadanos a identificarse ante las autoridades competentes y, por ello, las mujeres con burka o niqab deberán

descubrirse para ser identificadas, lo que puede hacerse lesionando lo menos posible su derecho a la libertad religiosa.

#### c) La salud pública

Otro de los límites o restricciones a la libertad religiosa es la salud pública. Los poderes públicos tienen que garantizar determinadas condiciones higiénicas y proteger frente a los riesgos para la salud en general, quedando por tanto fuera de este concepto los riesgos para la propia salud o la de terceros. El uso del velo integral no suscita conflictos en estos términos. Por tanto, la alegación de la salud pública no tiene fuerza suficiente para fundamentar una limitación legal al uso del velo integral.

#### d) La moralidad pública

La noción «moralidad pública» es variable en el tiempo y en el espacio pero no hay duda de que incluye la igualdad entre el hombre y la mujer, proclamada en la Constitución, como un objetivo máximo para llevar una vida digna en sociedad.

La prohibición del velo se ha convertido en una exigencia para proteger a las mujeres de los fundamentalistas islámicos y para la realización efectiva y plena del principio de igualdad de género consagrado constitucionalmente. De esta forma, se invocan contra el velo integral la igualdad entre hombres y mujeres y el derecho a la no discriminación, así como la dignidad de las personas, pues este tipo de prendas ocultan a la mujer, apartándola de la vida pública y negando su esencia como persona.

Cuando la mujer porta estas prendas por voluntad propia, esto es, cuando en libertad ha optado por llevarlas, no podemos hablar de discriminación, ni de falta de respeto a la igualdad de hombres y mujeres, ni de que vaya en contra de su dignidad.

En definitiva, una limitación o prohibición al uso del velo integral puede adoptarse por motivos de seguridad cuando se lesione esta de forma real y objetiva, pero no podría basarse en la protección de la salud pública, pues carece de relevancia práctica; ni por motivos de protección de la integridad física en la escuela, pues no existe el riesgo real; ni en la defensa de la libertad y la igualdad de la persona, dado que si se trata de una libre elección por convicciones propias, atentaríamos contra su libertad si la obligásemos a quitárselo.

Examinados los límites al uso del velo integral como manifestación de la libertad religiosa, quiero referirme, por último, a la invocación de la neutralidad del Estado frente al velo integral.

Países como Francia y Turquía utilizan la neutralidad del Estado para prohibir la utilización del velo en centros docentes o en edificios públicos.

En el caso de Turquía, la laicidad se ha consagrado como un valor constitucional, pues se perseguía desvincular al Estado del Islam. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de Leyla Sahin contra Turquía sostuvo la prohibición del velo islámico y de otros atuendos religiosos en las universidades turcas. *Leyla Sahin* era una estudiante de quinto curso de medicina en la Universidad de Estambul, que portaba el velo como signo externo de sus creencias religiosas. Se aprobó una circular de la universidad prohibiendo el velo a las estudiantes de sexo femenino y, ante la negativa de *Leyla* a despojarse del velo, no le permitieron realizar los exámenes y matricularse en sucesivos cursos. Por esta razón, tuvo que trasladarse a Austria para terminar sus estudios. Tras agotar las vías judiciales internas, se dirigió al Tribunal Europeo alegando la infracción del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En una primera sentencia, la dictada por la Sala 4ª el 29 de junio de 2004, el Tribunal declaró que no hubo violación del artículo 9 citado. La injerencia estaba prevista en la ley; perseguía los fines legítimos de respeto a los principios laicos y democráticos en torno a los que se constituye Turquía y con ello garantizar la defensa de los derechos y libertades ajenos y la protección del orden público (pár. 84); y es proporcional a los fines perseguidos. Por lo tanto, la injerencia puede ser considerada necesaria en una sociedad democrática (par. 114): la prohibición que se impone de usar el velo supone una medida justificada en orden a la protección del sistema laico turco, a las vista de las previsibles consecuencias que admitir su uso acarrearía, siendo además el ámbito de la educación en el que se plantea. En el contexto socio-político de Turquía la prohibición del velo está justificada al amparo de los principios de igualdad y laicidad que se refuerzan mutuamente y son necesarios para la protección del sistema democrático.

Esta sentencia fue recurrida por *Leyla Sahin* ante la Gran Sala que, en sentencia de 10 de noviembre de 2005, confirmó la anterior e insiste en la necesidad de realizar el difícil equilibrio entre la restricción de los derechos fundamentales de unos y la protección de los derechos de otros. Destaca la importancia de este equilibrio para asegurar la paz, el orden público, el verdadero pluralismo religioso y la supervivencia de la sociedad

democrática. Además, el Tribunal declara que tampoco ha existido violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio, que recoge el derecho a la instrucción. Ante la alegación de la interferencia en su derecho a la educación puesto que se había visto obligada a abandonar los estudios en Turquía y trasladarse a Austria, el Tribunal reconoce que ha existido una restricción a su derecho a la educación pero -aplica las mismas consideraciones realizadas sobre el artículo 9- el fin legítimo perseguido, esto es, mantener el carácter secular de las instituciones educativas y la proporcionalidad entre los medios y el fin, permiten desestimar su pretensión.

En España, nuestra Constitución declara que el Estado es aconfesional y establece la obligación para los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Estamos, pues, ante un concepto de laicidad positivo, esto es, los poderes públicos garantizan la libertad religiosa en un régimen de pluralismo confesional frente a la indiferencia total del Estado respecto al hecho religioso.

Por ello no se puede limitar con carácter general el uso del velo en el espacio público, pues una manifestación externa de las creencias religiosas no supone una quiebra de la neutralidad ni implica una actitud proselitista.

Como hemos visto, en los casos en que es necesario que exista un contacto visual entre la administración y el ciudadano, o entre el profesor y el alumno puede establecerse una limitación ponderando los intereses en juego, de forma que una eventual restricción de su uso debe ser lo menos gravosa posible y basarse en riesgos reales y no en meras presunciones.

Otra cosa es que los que representan al Estado, por ejemplo, la policía, los jueces, los profesores sí tengan limitaciones en las manifestaciones de sus creencias y no les esté permitido llevar prendas o símbolos que señalen su interés por una confesión religiosa o un partido político.

En definitiva, entiendo que la prohibición no es la opción más apropiada para acabar con el uso del velo integral, ni siquiera cuando colisiona con el orden público o la neutralidad del Estado. Además, en España, debido a la escasa utilización de estas prendas, dicha prohibición tendría un cierto carácter preventivo y podría entenderse como una vulneración de la libertad religiosa. Si lo que de verdad se quiere conseguir con este tipo de medidas legislativas es liberar a la mujer musulmana del machismo y la discriminación, se deberían buscar fórmulas de formación, diálogo y mediación. La prohibición quizá no contribuya a la liberación de

la mujer, sino más bien a disminuir su participación en la vida pública y a un mayor aislamiento.

### 2.3 Lugares de culto

El ejercicio de la libertad religiosa individual y colectiva necesita de un espacio físico para poder expresarse: iglesias, mezquitas, sinagogas, etc.

En el caso de templos destinados al culto católico, es la autoridad eclesiástica la que determina los lugares que se dedican al mismo, convirtiéndose así en lugares sagrados. El canon 1205 del Código de Derecho Canónico establece que *«Son lugares sagrados aquellos que se destinan al culto divino o a la sepultura de los fieles mediante la dedicación o bendición prescrita por los libros litúrgicos»*.

Lo mismo ocurre con el resto de confesiones y comunidades religiosas que han firmado Acuerdos con el Estado. A sus autoridades les corresponde la determinación del lugar destinado al culto, ya que según el artículo 6 de estos Acuerdo, el culto es una competencia ajena al Estado.

Aun así, se produce una concurrencia con el Estado -que solo apunto pues no es el tema de esta tesis- en lo relativo a la legislación urbanística, la inscripción registral, el patrimonio histórico-artístico y aspectos fiscales. Por ejemplo, en relación al suelo necesario para la ubicación de los lugares de culto, el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo, hace la siguiente previsión, en su artículo 34.5: *«El sistema urbanístico de equipamientos comunitarios comprende los centros públicos, los equipamientos de carácter religioso, cultural, docente, deportivo, sanitarios, asistenciales, de servicios técnicos y de transporte y los otros equipamientos que sean de interés público o de interés social»*. Por su parte, algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, tienen una amplia normativa en materia de lugares de culto<sup>106</sup>.

### 2.4 Ritos mortuorios y cementerios

La reserva de espacio para construir templos y cementerios es una manifestación del derecho a la libertad religiosa, que implica también que se puedan practicar los enterramientos conforme a las propias creencias. Además, es un factor de integración de los extranjeros en nuestra sociedad.

---

<sup>106</sup> Vid., sobre este tema LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, José Luis. *Régimen jurídico catalán de los centros de culto*. Madrid: Editorial Rasche, 2014.



Como dice BRIONES MARTINEZ<sup>107</sup>, las especialidades en relación con los ritos mortuorios derivadas de sus creencias religiosas deben conciliarse con la defensa de la salud pública.

En este punto conviene recordar que los primeros judíos prohibieron la cremación porque consideraban que con ello se profanaba la obra de Dios. Sin embargo, desde el siglo XIX la cremación fue aceptada como un medio común de enterramiento por los judíos liberales, pero no por los judíos ortodoxos que la desaprueban con base en la prohibición contenida en la ley judía (*Halakha*). También las primeras doctrinas cristianas prohibían la cremación porque pensaban que el cuerpo, destruido, no podía resucitar. A partir del siglo XIX empieza a aceptarse, salvo por los cristianos ortodoxos orientales, que tienen prohibido incinerar a sus muertos. Por su parte, los musulmanes también tienen prohibido incinerar a sus muertos, que deben ser inhumados con la mayor rapidez posible, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas.

En caso de inhumación, para el Judaísmo y el Islam, los cuerpos de los difuntos deben reposar directamente en la tierra, sin ataúd, envueltos en un lienzo blanco sin costuras.

La Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de Enterramientos en Cementerios Municipales recoge la obligación de los ayuntamientos de garantizar que los enterramientos se efectúen en sus cementerios sin discriminación alguna por razones de religión ni por cualesquiera otras. (Con anterioridad, los cementerios públicos eran considerados cementerios católicos y para aquellas personas que por voluntad propia o por decisión de las autoridades eclesiásticas no podían recibir sepultura eclesiástica, se habilitaba un espacio, separado por tapias de la parte católica, denominado «cementerio civil».) Por ello, establece que los ritos funerarios se practicarán sobre cada sepultura de conformidad con lo dispuesto por el difunto o con lo que la familia determine. Pero no contempla de forma expresa las tradiciones propias respecto al tratamiento del cadáver, su traslado y la forma de practicar la sepultura.

Por su parte, la Ley Orgánica de Libertad religiosa se limita a reconocer el derecho de toda persona a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos, pero no establece nada respecto a los cementerios privados ni a la posibilidad de habilitar recintos confesionales en los cementerios públicos.

---

<sup>107</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene María. *El factor religioso y las autonomías*. Granada: Editorial Comares, 2011.

Tras la firma de los Acuerdos de Cooperación con las confesiones religiosas minoritarias, en 1992, las comunidades judías y musulmanas pueden poseer cementerios privados y además disponen de la posibilidad de reservar parcelas en los cementerios municipales para que sus fieles sean enterrados conforme a sus tradiciones religiosas. Se establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales judías o islámicas relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios.

En definitiva, las autoridades administrativas deben tener en cuenta las prácticas funerarias de las comunidades judías e islámicas, cuya realización tiene que respetar los límites del derecho de libertad religiosa, entre los que se encuentra la salud pública.

Y ocurre que determinadas prácticas funerarias<sup>108</sup> -los cuerpos de los difuntos deben reposar directamente en la tierra, sin ataúd, envueltos en un lienzo blanco sin costuras- entran en conflicto con nuestras normas de sanidad mortuoria<sup>109</sup>, que obligan a la inhumación de cadáveres en un ataúd para preservar la salud pública. Además los musulmanes quieren que las sepulturas estén colocadas hacia la Meca y en un recinto sacralizado, cerrado y dedicado únicamente a los musulmanes. Algunas comunidades judías también quieren un recinto únicamente para los judíos.

La normativa estatal está recogida en el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, pero tiene carácter supletorio, ya que las competencias sanitarias -y, por ello, las competencias sobre policía sanitaria mortuoria- están transferidas a las Comunidades Autónomas. Y como dice RODRÍGUEZ BLANCO<sup>110</sup>, del examen de la normativa autonómica se deduce que existen diferentes planteamientos respecto al tratamiento de las prácticas y ritos religiosos. Por ejemplo, mientras que Andalucía y Valencia permiten a los musulmanes que sigan su rito, esto es, que sean enterrados mirando a la Meca y con el cadáver directamente bajo tierra envuelto en una sábana, en Cataluña se les exige, por razones sanitarias, que utilicen féretro.

## 2.5 Estancia en Centros penitenciarios

---

<sup>108</sup> Vid., para un descripción de las tradiciones y ritos judíos e islámicos en esta materia, BONET, Jaime; et al. *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestante*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1994.

<sup>109</sup> Según el Reglamento de Policía Sanitario Mortuoria de 1974, se prohíbe la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro. Además si el fallecido se traslada a su país de origen, el cuerpo debe ser embalsamado y el féretro sellado con plomo.

<sup>110</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel. "Libertad religiosa y cementerios (Primeras aproximaciones)". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2009, núm. 19.

En relación a los internos en centros penitenciarios, la vigente ley de extranjería no contempla la asistencia religiosa ni cualquier otro aspecto relacionado con este tipo de prestación. Sí se recoge en el Acuerdo Jurídico de 1979 entre la Santa Sede y el Estado Español, en el que los poderes públicos se comprometen a adoptar las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia. Y en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, que establece que para la aplicación real y efectiva de los derechos de libertad religiosa y de culto, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos. La asistencia religiosa a los presos se configura como una actividad que no es de prisiones (el Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias, como funcionarios públicos, está declarado a extinguir), sino que se presta en las prisiones con el fin de evitar marginaciones adicionales a las inherentes a la condición de recluso, al igual que ocurre con la enseñanza y la sanidad. Los ministros de culto encargados de la prestación de la asistencia religiosa serán sacerdotes pertenecientes a la Diócesis correspondiente y nombrados por su Obispo.

Por su parte, el Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria, establece la actividad religiosa que puede desarrollarse en dicho ámbito y que consiste en el ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la instrucción y el asesoramiento moral y religioso y, en su caso, las honras fúnebres. Para ello se autorizará la entrada en los centros de los ministros de culto y se podrán habilitar locales al objeto de celebrar el culto o impartir la asistencia religiosa mencionada.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria garantiza, en su artículo 54, la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que pueda ejercitarse. Esta actividad religiosa puede ser desempeñada, según lo establecido en el artículo 230.1 del Reglamento Penitenciario<sup>111</sup>, por cualquier confesión religiosa registrada, sin otra limitación que el respeto a los derechos de las restantes personas. Así, la administración penitenciaria facilita que los fieles puedan respetar la

---

<sup>111</sup> El Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aprueba el Reglamento Penitenciario. BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996.

alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permita la situación presupuestaria, la seguridad y la vida dentro del establecimiento, así como el respeto a los derechos fundamentales de las demás personas en prisión.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de abril de 2005<sup>112</sup>, afirmó que el ejercicio del derecho de libertad religiosa en los centros penitenciarios puede depender de los medios presupuestarios existentes, pero tal limitación no se puede entender como una restricción de la libertad religiosa de los internos recogida en la Ley Orgánica de Libertad religiosa y en los Acuerdos con las Iglesias, entidades y comunidades religiosas.

## 2.6 Libertad religiosa y asilo

La libre elección de un credo no obliga a las autoridades de un Estado a permitir la residencia de un extranjero en su territorio -bajo la cobertura del asilo- por el hecho de que en su país de origen vaya a ser perseguido por sus creencias religiosas.

Así, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, en sus sentencias de 30 de octubre y 18 de diciembre de 2001<sup>113</sup>, sobre la petición de asilo para obtener la condición de refugiado en el caso de un súbdito saudí que fue condenado por delitos contra la salud pública y contrabando y que durante el cumplimiento de la condena se convirtió al catolicismo. La petición de asilo se fundamentaba en que en Arabia Saudí la apostasía es sancionada con la pena de muerte por cuanto sólo la religión islámica es permitida. El Tribunal Supremo confirma la denegación de asilo y en su razonamiento hace la siguiente afirmación: *«la mera apostasía difiere de la apostasía pública, siendo sólo ésta la que, al parecer, se condena con la pena de muerte en Arabia Saudí. Ciertamente es que en dicho país la situación no es la permisividad, ni siquiera de tolerancia, de las manifestaciones externas de pertenencia a otro credo que no sea el Islam, y que ello es rechazable desde los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico, pero esto no puede interpretarse como circunstancia que, valorada conjuntamente con las demás que en el caso concurren, determine el deber de los poderes públicos españoles de otorgar el asilo solicitado»*. Además, el hecho mismo de denegar el asilo no supone que el recurrente vaya a ser entregado a las autoridades saudíes ni que vaya a ser obligado a retornar precisamente a Arabia Saudí.

---

<sup>112</sup> Sentencia citada por BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. *El factor religioso y las autonomías*. Granada: Comanres, 2011. p. 219.

<sup>113</sup> Sentencias de la Sala 3<sup>a</sup> de 30 de octubre de 2001 (recurso 7328/1997) y de 18 de diciembre de 2001 (recurso 9982/1997).

## C. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

### 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR

El artículo 8 del Convenio forma parte del ordenamiento jurídico español pues, como dispone el artículo 96 de la Constitución española, «*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno [...]*». Además, el Convenio es un referente para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce ya que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de su artículo 10, dichas normas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Nuestra Constitución no reconoce como tal el derecho al respeto de la «vida familiar» del artículo 8 del Convenio. Cuando en su artículo 18 dispone que «*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*» consagra un derecho a la «intimidad familiar», término diferente que responde a un concepto diferente, pues el primero -vida familiar- es más amplio que el segundo -intimidad familiar- ya que comprende la constitución de la relación familiar, su desarrollo, sus incidencias, etc. Tampoco nuestra Constitución reconoce un modelo de familia. Hay preceptos en ella que se refieren expresamente a la familia en sí misma considerada y que ordenan su protección, dando cabida así a los distintos modelos de familia que la sociedad tenga en cada momento, pero tales preceptos no se recogen como derechos fundamentales susceptibles de protección en sede de amparo. El artículo 39, encuadrado dentro de los «Principios rectores de la política social y económica», dirige un mandato a los poderes públicos para que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y para que posibiliten la investigación de la paternidad.

Así las cosas, puede concluirse que el artículo 18 de la Constitución no contempla como derecho fundamental una protección integral de la familia, sino un derecho a la intimidad familiar, y la mayor o menor amplitud del ámbito de protección constitucional depende de la amplitud que se quiera dar al término «intimidad» manejado en un contexto familiar y no meramente personal.

El significado de intimidad en la Real Academia Española es el siguiente: 1. f. Amistad íntima; 2. f. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Sobre estas acepciones, FERREIRA RUBIO<sup>114</sup> considera que: *«Estos significados denotan diferentes grados de intimidad; la primera acepción propone un sentido estricto, al tiempo que la segunda brinda un enfoque amplio. Sostiene en consonancia Urabayen que al estudiar el tema del derecho a la intimidad debemos utilizar el criterio amplio. Es necesario destacar que si bien Urabayen distingue un sentido estricto y otro extenso, al describir el contenido de la intimidad en el primer caso entiende que “comprende las relaciones sentimentales, sexuales y religiosas”, con lo cual acrecienta el marco delimitado por la primera acepción que brinda el Diccionario»*. Sobre la amplitud del término intimidad, FARÍÑAS MATONI<sup>115</sup>, incluye también a la vida familiar, en incluso relaciones cuasifamiliares.

El Tribunal Constitucional ha ido perfilando en sus sentencias -entre otras, las número 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre- el contenido del derecho a la intimidad familiar cuando ha conocido casos de su lesión. En la primera de ellas, (conocida comúnmente como la sentencia del «caso Paquirri») se plantea la vulneración del derecho fundamental a la intimidad del señor R.P., y de su familia como consecuencia de la difusión de unas imágenes a través de una cinta de vídeo, que recogía momentos de la agonía y fallecimiento del torero Francisco Rivera «Paquirri» a consecuencia de las heridas causadas por un toro en la plaza de Pozoblanco. El Tribunal recuerda que la Constitución no consagra sólo un derecho a la intimidad personal, sino también familiar, y esta es la noción que permite la estimación del amparo al afirmar que *«en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo*

---

<sup>114</sup> FERREIRA RUBIO, Delia M. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, p. 39; URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información: un conflicto permanente*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977, p. 11.

<sup>115</sup> FARÍÑAS MATONI, Luis M<sup>a</sup>. *El Derecho a la intimidad*. Madrid: Editorial Trivium, 1983, p. 127.

*que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.»*

Es la misma idea que se recoge en la sentencia 197/1991, de 17 de octubre, relativa también a la eventual lesión del derecho a la intimidad familiar contenido en el artículo 18 de la Constitución, que tiene su origen en una demanda de protección al honor y a la intimidad personal y familiar planteada por los padres adoptivos (Sara Montiel-Tous) de un menor como consecuencia de la publicación de datos relativos a su origen biológico, a la identificación de su madre natural y de sus características personales y profesionales. Pese a que algunos de los hechos concretos fueron difundidos a la prensa voluntariamente por los padres adoptivos, el Tribunal Constitucional considera que *« [...] más allá de esos hechos dados a conocer, con mayor o menor prudencia o ligereza, por los padres adoptivos, y respecto a los cuales, por consiguiente, el velo de la intimidad ha sido destapado, prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, han de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de lo íntimo [...]»*.

Y este argumento se utiliza en la sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo, que se refiere a la divulgación de datos de la esfera personal y familiar de la recurrente (Isabel Preysler) por una persona que ha convivido con ella en su hogar por una relación de empleo. El Tribunal, pese a reconocer que se trata de una persona de notoriedad pública que con frecuencia expone a los medios determinados aspectos de su vida privada, concluye que debe prevalecer sobre la libertad de expresión o información la protección de su intimidad por carecer los datos divulgados de relevancia pública y referirse a las relaciones de la recurrente con sus maridos y sus hijos, ya que *«[...] el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida»*.

Y es que el derecho a la intimidad familiar, tal y como aparece configurado en la doctrina constitucional, comprende esencialmente la protección de la persona en su ámbito familiar frente a injerencias externas, pero no cabe, con invocación del artículo 18 de la Constitución, la protección de la familia.

Así, el Tribunal Constitucional, en un auto de 25 de mayo de 1992, niega de manera expresa la lesión del derecho a la intimidad familiar cuya

vulneración había sido invocada por los padres de unos menores en situación declarada de desamparo, que fueron acogidos por distintas familias de forma que se había separado a los tres hermanos, mostrándose los padres disconformes con tal acogimiento y formulando la oportuna oposición ante la autoridad judicial. El Tribunal dice que nada tiene que ver el derecho del artículo 18 de la Constitución con una decisión judicial que resuelve motivadamente en interés del menor, que es el más digno de protección.

## 2. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

Para analizar la situación en España del derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros, también hay que distinguir entre los nacionales de países no pertenecientes a la Unión Europea (en adelante, nacionales de terceros países) y los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea que ejerciendo su derecho a la libre circulación se benefician de la protección del derecho comunitario vigente.

### 2.1 Aspectos legales básicos en materia de extranjería e inmigración.

El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones de los anteriores derechos por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. El régimen establecido se aplica también -cualquiera que sea su nacionalidad- al cónyuge, o pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo; a sus descendientes y a los de su cónyuge o pareja registrada, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces; y a sus ascendientes directos y a los de su cónyuge o pareja registrada, que vivan a su cargo. Todos estos familiares, cuando pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses, estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, que les exime de la obligación de obtener el visado de entrada.



El resto de los familiares de los nacionales de los Estados miembros no incluidos en las categorías anteriores y los nacionales de terceros países están sometidos al régimen general de extranjería.

Para la legislación española son extranjeros los que carezcan de la nacionalidad española. La nacionalidad es el vínculo jurídico que se establece entre el Estado-ordenamiento y las personas, en virtud del cumplimiento de determinados criterios de adquisición, entre los que destacan el *ius soli* (la persona es nacional del país donde nació) y el *ius sanguinis* (tendrá la nacionalidad de sus progenitores o de uno de ellos). Ambos criterios son necesarios para la determinación de la nacionalidad de origen. En los supuestos de naturalización, esto es, cuando el vínculo jurídico se establece previa declaración expresa de voluntad de la persona que ha decidido adquirir una nacionalidad distinta a la originaria, el criterio de la residencia es el que prevalece. El reconocimiento por el Estado-ordenamiento de la condición de nacional a una persona determina a su vez el reconocimiento de la titularidad de todos los derechos constitucionalmente garantizados, entre los que destacan los denominados derechos políticos, es decir, aquellos que permiten la participación en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, así como el acceso a funciones y cargos públicos, que son, como he dicho antes, los vedados a los extranjeros.

Este concepto jurídico de nacionalidad y el criterio excluyente señalado y adoptado por el derecho positivo español se recogen en la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Ley de extranjería) cuyo artículo 1.1 dispone: «*Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*».

La entrada y residencia de los extranjeros en el territorio español se rige por lo dispuesto en los artículos 25 y siguientes de la Ley de extranjería. La vía normal es la entrada por los puestos habilitados al efecto, provistos de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y, salvo en algunos casos<sup>116</sup>, de visado. Los extranjeros pueden encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. La estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días. La residencia es la permanencia en territorio español por un tiempo superior que disfrutan los extranjeros que son titulares de una autorización para residir. La residencia puede ser temporal o de larga

---

<sup>116</sup> Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso un visado para entrar en España.

duración. Es temporal cuando se autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a 5 años. Es de larga duración cuando se autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

## 2.2 La reagrupación familiar

Además de ser la figura que permite que los miembros de una misma familia se reúnan en el país de acogida de uno de ellos y puedan así desarrollar su vida familiar, la reagrupación familiar puede verse desde la perspectiva de ser otra modalidad de entrada<sup>117</sup> de extranjeros en España, quizá la vía más importante de entrada de nuevos inmigrantes tanto en España como en el resto de Europa.

La mejora de las condiciones económicas de los inmigrantes, una vez instalados en España, hace que decidan traer a sus familias. España ha experimentado en los últimos años por primera vez este fenómeno, pues en otros países europeos, como Francia, Alemania, Reino Unido, Bélgica y Holanda, hay hasta tres generaciones de inmigrantes. Estos países comenzaron a recibir flujos migratorios en los años cincuenta y en ellos la reagrupación familiar es la principal vía de entrada. Sin embargo, en la actualidad, Francia está estableciendo normas más restrictivas al respecto.

### 2.2.1 Aspectos jurídicos y específicos de un derecho fundamental

La reagrupación familiar se ha configurado en la nueva Ley de extranjería como un derecho fundamental de los extranjeros. El reconocimiento a los extranjeros residentes en España del derecho a la vida en familia se hace efectivo con el derecho a reagrupar con ellos a determinados familiares, que a continuación detallaré.

La Ley de extranjería, en el Capítulo II, del Título I, titulado «*Derechos y libertades de los extranjeros*», establece en su artículo 16 lo siguiente:

---

<sup>117</sup> La política de gestión colectiva de contrataciones en origen y la política de regularizaciones suponen también otras formas de entrada de extranjeros en España. Mediante la primera, el Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España, y una vez terminado el trabajo o el período para el que se contrataron, los extranjeros deben volver a sus países de origen o procedencia. Por su parte, la regularización no es una política de inmigración propiamente dicha, pues va dirigida a extranjeros que ya se encuentran en España y tiene como finalidad documentar y controlar la estancia, residencia y trabajo de los inmigrantes que se encuentran en España en situación ilegal o irregular.

*«1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España.*

*2. Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.*

*3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.*

*Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos».*

En el artículo 17 se establece cuáles son los familiares reagrupables:

1. El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley.

En este punto hay que señalar que en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita el matrimonio polígamo.

En el caso de un extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios, solo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria al cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la extinción del vínculo por declaración de nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.

2. Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años, o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Como establece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de enero de 2012, la minoría de edad ha de tenerse a la fecha de inicio del expediente, que es la de presentación en la Delegación de Gobierno correspondiente de la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar.

Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que este ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo.

En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

3. Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

4. Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones señaladas.

A su vez, los extranjeros que hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la autorización del reagrupante.

Cuando se trate de ascendientes reagrupados, estos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica. Si se trata de hijos menores de edad o con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrán ejercer el derecho de reagrupación sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia

inicial<sup>118</sup> (artículo 18 de la Ley de extranjería) y deberán acreditar que disponen de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada.

La ley de extranjería establece que la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos en lo dicho anteriormente, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España. De la misma forma -y por las razones antes dichas-, no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

En definitiva, la reagrupación familiar es un medio para conseguir que el extranjero viva con su familia en el país de acogida y, para la renovación de esta autorización (residencia en virtud de reagrupación familiar) se valorará el esfuerzo de integración del extranjero en España, esto es, su participación en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia, la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia (artículo 61 del Reglamento de extranjería).

### 2.2.2 La aplicación del derecho por el Tribunal Supremo

Como ya he dicho, el reconocimiento y regulación en la Ley de extranjería del derecho a la reagrupación familiar supone el reconocimiento legislativo de un derecho fundamental de todo ser humano: el derecho a vivir en familia. En el apartado anterior se han determinado las características que debe reunir el extranjero reagrupante y cuáles son los familiares reagrupables, y ahora voy a exponer la doctrina al respecto creada por los tribunales.

Parece claro que cuando se trata de matrimonio e hijos menores, que forman lo que denominamos el núcleo de la vida familiar, no existen problemas para aplicar las normas de reagrupación familiar. Pero no siempre es así. La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 resuelve el recurso de casación interpuesto contra una

---

<sup>118</sup> Con excepción de los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España, que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiriera la residencia de larga duración.

sentencia que confirma la resolución del Cónsul General de España en Tetuán (Marruecos) que denegó el visado de reagrupación familiar de un menor de diecisiete años que vivía en Marruecos con su madre y cinco hermanos por entender que «*no había reagrupación familiar sino mayor desarraigo*». Y tras concluir que no hay obstáculo para acceder a la reagrupación en supuestos como el de autos -solo un miembro de la familia-, establece lo que sigue:

*«En los términos de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, que establece un conjunto de normas mínimas en cuya virtud se fijan las condiciones que lo regulan, existe un verdadero "derecho" subjetivo a la reagrupación familiar, si bien su ejercicio queda sometido a ciertas reglas materiales y adjetivas. **No se trata, por lo tanto, de un privilegio** (el tribunal de instancia lo califica de "status privilegiado") **sino, repetimos, de un derecho de quienes, siendo nacionales de un tercer país, residen legalmente en el territorio de un Estado miembro de acogida.** Su finalidad es precisamente la de facilitar la vida familiar, en sintonía con las declaraciones de derechos refrendadas por pactos internacionales, aun cuando los Estados miembros conservan determinadas facultades para, en función de sus propias políticas migratorias, imponer condiciones más o menos restrictivas a la reagrupación, dentro de los límites señalados por la Directiva 2003/86.*

*Es necesario subrayar desde un primer momento este rasgo clave de la reagrupación familiar, al que se refiere de manera específica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de marzo de 2010 (asunto C-578/08) cuando recuerda cómo el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2003/86 "[...] **impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos,** puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional".*

*El mismo Tribunal añade que ello "no empece al cumplimiento de los requisitos establecidos en particular en el capítulo IV de la Directiva pero insiste en que **"la autorización de reagrupación familiar es la regla general"**, de modo que las condiciones previstas en aquel capítulo deben **"interpretarse de manera estricta"** y que **"el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil"**. A estos efectos afirma, con carácter general, el Tribunal de Justicia que*

*"[...] Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. En efecto, la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del CEDH y por la Carta. De ello se desprende que las disposiciones de la Directiva y, en particular, el artículo 7, apartado 1, letra c), deben interpretarse a la luz de los derechos fundamentales y, más concretamente, del derecho al respeto de la vida familiar consagrado tanto por el CEDH como por la Carta. Procede añadir que, según el artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, la Unión Europea reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta, tal como se adoptó en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (DO C 303, p. 1), la cual tiene el mismo valor jurídico que los Tratados" ».*

En esta misma sentencia, el Tribunal analiza los artículos 16 y 17 de la Ley de extranjería que –como hemos visto– reconocen el derecho de los extranjeros residentes a reagrupar con ellos en España, entre otros familiares, a los hijos del residente y su cónyuge siempre que sean menores de dieciocho años. Destaca el Tribunal que **«Para los descendientes directos menores de edad, que corresponden al nivel de parentesco más inmediatamente ligado a la noción de familia empleada en la Ley 4/2000, no se impone ningún requisito adicional ni respecto de ellos puede exigirse la alegación de otras razones justificativas adicionales. El legislador considera, siguiendo la Directiva antes citada, que en semejantes supuestos la reagrupación familiar de los hijos menores de edad está justificada por sí misma.**

*A diferencia de algunas legislaciones de otros países europeos, no exige la nuestra que la reagrupación se extienda al conjunto de los miembros de la familia ni tal requisito puede inferirse de los preceptos legales y reglamentarios, sino más bien al contrario: a tenor del artículo 42 del Reglamento de la Ley 4/2000 el extranjero que desee ejercer este derecho debe solicitar una autorización de residencia temporal "a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar".*

*Y es que, en efecto, nada obsta en principio ni a la reagrupación parcial ni a la reagrupación sucesiva de los familiares reagrupables, a medida que las condiciones de estancia del residente en el país de acogida vayan siendo más favorables, también desde el punto de vista económico. No cabe olvidar que a tenor de la propia Ley 4/2000 (artículo 18) el reagrupante debe acreditar que dispone de vivienda adecuada y de medios*

*económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, requisitos que no siempre serán fácilmente alcanzables en relación con todos los miembros de aquélla, de modo especial si es numerosa como en este caso ocurría, para emigrantes de escasos recursos.»*

Para el Tribunal es cierto, como afirman la oficina consular y la sentencia de instancia, que situaciones como la de autos pueden abocar a una fragmentación, más o menos provisional, de la familia que permanece en Marruecos (la madre y cinco hermanos), pero también lo es que la fragmentación se había operado ya desde el momento en que uno de sus miembros (el padre) emigró y reside legalmente en España, siendo razonable su pretensión de disfrutar de la vida familiar al menos con alguno de sus hijos menores de dieciocho años.

Se refiere la sentencia de instancia a la posibilidad de utilizar fraudulentamente la reagrupación como *«vía para eludir los cauces normales de entrada y trabajo de extranjeros»*, sospecha que funda en la edad del hijo del reagrupante (diecisiete años). Sin embargo, la Ley 4/2000 reconoce el derecho a la reagrupación a todos los menores de edad, esto es, también a los que están próximos a cumplir dieciocho años.

En relación a otros familiares, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido más allá y, pese a que la ley exige al extranjero que pretenda entrar en España hallarse provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y de un visado<sup>119</sup>, ha valorado como circunstancias «excepcionales» para la exención de visado para residencia a fin de permitir la reagrupación familiar las siguientes:

- La convivencia de hijos mayores de edad con sus padres, de nacionalidad española, viviendo a sus expensas. En la sentencia de 3 de febrero de 1998, el solicitante era hijo de española y vivía a expensas de su madre, considerando la Sala estas circunstancias de carácter excepcional –y por ello confirmó que la denegación de la exención de visado para residencia no estaba debidamente justificada-, dado que *«guardan una estrecha relación con la necesidad de integración familiar»*. En la sentencia de 9 de junio de 1998, los padres de la recurrente, ambos de nacionalidad originaria española, recuperada en la actualidad, viven en un piso de su propiedad en Madrid, que figura también como domicilio de la

---

<sup>119</sup> Será preciso el visado salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, según el artículo 25.2 de la Ley de extranjería.



recurrente, siendo tales hechos, valorados como «*circunstancias excepcionales*», suficientes «*para eximir de la exigencia del visado, en cuanto la dispensa solicitada contribuirá a la agrupación familiar*».

- En el caso estudiado por la sentencia de 4 de febrero de 1998, en que la recurrente había solicitado la obtención de la exención de visado para residencia, el Tribunal Supremo confirmó el derecho a tal exención porque concurrían circunstancias excepcionales como encontrarse ya en territorio español; haber sido eximidos previamente de visado sus padres y su hermana; y haber acreditado, tras alegar su profesión de diseñadora textil, estar de alta en la licencia fiscal de actividades profesionales.
- En la sentencia de 10 de junio de 1998, las circunstancias excepcionales que se tienen en cuenta para eximir de la obligación de visado son vivir la recurrente con sus padres en España, ambos con permisos de residencia y trabajo, con solvencia económica justificada, de los que depende afectiva y económicamente.
- También el Tribunal Supremo entiende como «*circunstancias extraordinarias*» a efectos de exención de visado el ser padre o madre de un niño español menor de edad. La sentencia de 27 de noviembre de 1995 se refiere a la solicitud de exención de visado por una mujer de nacionalidad argentina que convive en España en unión de hecho con otro súbdito argentino de cuya unión tienen un hijo nacido en territorio español. El niño no tiene nacionalidad argentina, según consta en certificación del Cónsul General de la República Argentina, y sí tiene nacionalidad española, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1.c) del Código Civil, que dispone que son españoles los nacidos en España de padres extranjeros si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. El Tribunal Supremo considera suficientes estas circunstancias, especialmente el nacimiento del niño de nacionalidad española, con derecho a residir y permanecer en España, para considerarlas «*razones excepcionales que obligan a conceder la dispensa de visado en beneficio de la unidad y estabilidad familiar [...]*».
- En los supuestos de reagrupación familiar entre familiares mayores de edad colaterales destaca la sentencia de 18 de mayo de 1993, que resuelve un recurso frente a la denegación de una exención de visado para residencia solicitado por una argentina divorciada y con hijos menores que se encontraban residiendo en Benidorm al amparo de

un permiso de permanencia turística. En España también residen dos hermanos de la solicitante, uno de nacionalidad española y otro, de profesión odontólogo, con autorización de residencia, que se hizo cargo de la manutención y el alojamiento de ella y sus hijos. Estos están escolarizados y la solicitante tenía previsto trabajar en una agencia de viajes. El Tribunal valora todas estas circunstancias como un supuesto de *«auténtico y legítimo agrupamiento familiar y con suficiente trascendencia para justificar la dispensa de visado»*. En igual sentido, la sentencia de 29 de abril de 1996 admite a efectos de la concesión de la exención de visado la circunstancia de que la interesada reside en el domicilio de su hermano, naturalizado español y a sus expensas, y que su padre es español de origen, al igual que sus abuelos y bisabuelos maternos y paternos, evidenciando un arraigo en España. También la sentencia de 10 de noviembre de 1998, que confirma la dispensa de visado para residencia con el fin de amparar un supuesto de reagrupación familiar de la solicitante con su hermana mayor, que residía y trabajaba legalmente en España, única familiar que tiene y con la que convive.

Así pues, resulta posible la reagrupación entre hermanos a efectos de exención de visado, tanto si alguno de ellos tiene nacionalidad española, como si solo es residente legal, a pesar de que es un supuesto no previsto en nuestro ordenamiento jurídico, con el matiz de que debe ser una reagrupación dirigida a la convivencia, no siendo suficiente la mera ayuda económica.

En definitiva, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de reagrupación familiar, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, amplía el concepto de «familiares reagrupables», tomando en consideración la existencia de vínculos materiales y afectivos característicos de las uniones familiares y no sólo el grado de parentesco o la formalización de la unión matrimonial. Y tales vínculos han de imponerse incluso al incumplimiento de las demás condiciones exigidas para la reagrupación, como determinadas condiciones económicas o la tenencia de una vivienda adecuada, porque como razona, entre otras, la sentencia de 28 de diciembre de 1998 *«La reagrupación familiar, insistentemente considerada por esta Sala del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 24 de abril de 1994, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 12 de mayo de 1998 y 21 de diciembre de 1998) como causa justificativa para dispensar de la exigencia de visado a fin de obtener permiso de residencia, tiene un significado social, de manera que no se puede desconocer aunque el familiar, que reside legalmente en España, tenga una precaria situación económica, pues ha de valorarse*

*desde la dimensión del vínculo parental con el solicitante de la dispensa, para lo que ha de tenerse en cuenta la autenticidad o no de la pretendida agrupación familiar, de modo que ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la meramente paterno filial [...]».*

De lo anterior, podemos concluir:

- La reagrupación familiar no es un privilegio, sino un derecho de quienes, siendo nacionales de un tercer país, residen legalmente en el territorio de otro Estado, para reunir con ellos a determinados miembros de su familia y poder desarrollar así su vida familiar.

- Los Estados están obligados, en los términos establecidos en la Directiva 2003/86/CE citada, a favorecer la reagrupación familiar sin que puedan ejercer su facultad discrecional.

- La autorización de reagrupación familiar es la regla general, de modo que las condiciones previstas en dicha Directiva y en la ley de extranjería deben interpretarse de forma restrictiva.

- Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger a la familia y respetar la vida familiar consagrada en instrumentos del Derecho internacional y en la ley de extranjería.

- El nivel de parentesco más inmediatamente ligado a la noción de familia empleada por la ley de extranjería es el de descendientes directos menores de edad, a los que no se les impone ningún otro requisito adicional para autorizar su reagrupación.

- Nada obsta ni a la reagrupación parcial ni a la reagrupación sucesiva de los familiares reagrupables, a medida que las condiciones de estancia del residente en el país de acogida vayan siendo más favorables, también desde el punto de vista económico.

- Cabe la reagrupación a efectos de exención de visado entre personas no previstas en la ley (hijos mayores de edad con su padres; hermanos, tanto si alguno de ellos tiene nacionalidad española, como si solo es residente legal; hijo español -porque ha nacido en España y la legislación de sus padres no le atribuye una nacionalidad- con padres extranjeros),

siempre y cuando sea una reagrupación dirigida a la convivencia, no siendo suficiente la mera ayuda económica.

- La reagrupación familiar, considerada por el Tribunal Supremo como causa justificativa para dispensar de la exigencia de visado a fin de obtener un permiso de residencia, tiene un significado social, pues pese a la situación económica del que reside legalmente en España, ha de valorarse la convivencia, los vínculos afectivos y las circunstancias personales y socio-culturales de los interesados.

## **D. LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO COMO MEDIDA QUE AFECTA A LA VIDA FAMILIAR**

### **1. LA MEDIDA DE EXPULSIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO E INTERNACIONAL**

Ya se ha dicho que la Directiva del Consejo de la Unión Europea, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar (Directiva 2003/86/CE), supone un avance hacia la armonización europea en esta materia, evitando las distorsiones que se producen entre las legislaciones de los distintos Estados de la Unión Europea. En su artículo 1 se dispone que su objeto es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, afirmando que el derecho a la reagrupación familiar deriva del derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio.

Aunque su objetivo sea el reconocimiento de un derecho a entrar y permanecer en un país del que no se es nacional con el fin de disfrutar de la propia vida familiar, la Directiva aborda también el derecho a mantener la familia «reagrupada», de forma que los vínculos familiares deben ser tenidos en cuenta en el caso de adopción de una medida de expulsión que pueda afectar al derecho a la vida familiar del extranjero. Así, el artículo 17 establece:

*«Al denegar una solicitud, al retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, así como al dictar una decisión de devolver al reagrupante o un miembro de su familia, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de vínculos familiares, culturales o sociales con su país de origen».*

Tal y como hemos visto en el Capítulo I de este trabajo, la expulsión es la sanción más característica en materia de extranjería. Supone la salida del extranjero del territorio nacional en virtud de una orden gubernativa o judicial, por sí mismo o conducido por la fuerza pública hasta la frontera o hasta el punto de destino. La expulsión se caracteriza por ser una salida impuesta por la autoridad como sanción o como medida de seguridad por el comportamiento ilícito del extranjero. Supone una limitación a la libertad de circulación y elección de residencia e implica la necesidad de que la permanencia en el territorio sea legal o lo haya sido en algún momento anterior. De lo contrario no se distinguiría de otras figuras afines como la devolución, el retorno o el rechazo en la frontera. El fundamento jurídico de la expulsión es el derecho del Estado a no admitir la presencia de extranjeros que de alguna forma atenten al orden establecido necesario para la convivencia, estableciendo la ley los supuestos que pueden merecer la sanción de expulsión.

El artículo 3.1 del Protocolo 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos dice: «*Nadie podrá ser expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional*». Y en su apartado 2, que «*Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional*». Se establece, pues, una prohibición a la expulsión de los nacionales (concepto, el de nacional, que, como ya he dicho, viene determinado por el derecho interno<sup>120</sup>). Después, en el artículo 4 establece: «*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros*». Esto es, queda prohibido proceder de forma colectiva a la expulsión de extranjeros, sin una consideración individualizada de las circunstancias personales de cada caso, sin que suponga una expulsión colectiva el agrupamiento de extranjeros en un determinado medio de transporte a los efectos de su salida del país<sup>121</sup>.

Por su parte, el Protocolo 7 al Convenio establece en su artículo 1 que «*1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:*

*a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión;*

*b) hacer que se examine su caso, y*

---

<sup>120</sup> Así se recoge también en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de enero de 2002, dictada en el caso *Slivenko* contra Letonia.

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 5 de junio de 2002, dictada en el caso *Conka* contra Bélgica (apartado 59).

*c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por dicha autoridad.*

*2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional».*

Los anteriores artículos conforman lo que podría denominarse el régimen relativo a la expulsión de los extranjeros de los Estados parte del Convenio, y sirven de marco para su regulación, que examino a continuación, en nuestro ordenamiento interno.

## 2. LA EXPULSIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En nuestro ordenamiento jurídico la expulsión es una medida que puede adoptarse bien en un procedimiento administrativo, bien en un procedimiento judicial. En uno u otro caso, debe adoptarse con respeto a unas garantías como la publicidad de las normas, la contradicción, la audiencia del interesado y la motivación de las resoluciones, pues, en caso contrario, como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 242/1994, de 20 de julio, puede llegar a ser «una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España».

Sea cual sea la cusa que la justifica, la expulsión (administrativa o penal) afecta de forma directa a la vida familiar, pues produce un triple efecto: la salida obligada del extranjero del territorio español, la prohibición de entrada durante el periodo de tiempo que se determine y la extinción de cualquier autorización para permanecer en España.

Es importante resaltar que en ningún caso puede aplicarse la sanción penal de expulsión sobre un ciudadano de la Unión Europea, pues la expulsión que se contempla a continuación se reserva únicamente para los extranjeros que «no residan legalmente en España», situación en la que, con base en el principio de libertad de circulación dentro del territorio español, no se pueden encontrar los ciudadanos europeos.

### 2.1 La expulsión judicial

En un procedimiento judicial, la expulsión puede adoptarse como pena sustitutiva de una pena privativa de libertad o como medida de seguridad<sup>122</sup>.

### 2.1.1 La expulsión como pena sustitutiva

El artículo 89 del Código penal dispone «

*1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.*

*También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.*

*2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias del penado.*

*3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.*

*4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.*

*5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio fiscal y de*

---

<sup>122</sup> Vid., sobre este tema, el amplio y detallado estudio de TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*. Madrid: Colex, 2006, pp. 155-224.

*forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.*

*6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.*

*En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del art. 88 de este Código.*

*7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312 [traficar de manera ilegal con mano de obra], 313 [determinar o favorecer la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando otro engaño semejante] y 318 bis [tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea] de este Código<sup>123</sup>».*

Esto es, el artículo 89 del Código penal prevé un régimen específico de sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión, que se caracteriza por lo siguiente:

- se impone a los extranjeros no residentes legalmente en España.
- la regla general es la sustitución de la pena de privación de libertad por la expulsión, salvo que se trate de delitos relacionados con la inmigración ilegal cometidos por extranjeros recogidos en el apartado 7 arriba descrito (en estos casos, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad).

---

<sup>123</sup> Esta disposición tiene como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino. El Tratado de la Unión establece como uno de los objetivos de la misma la lucha contra la trata de seres humanos, y a tal fin se establece un marco común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina. En dicho marco, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para los delitos descritos en los artículos 312 y 313 las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses y, en el caso del delito del artículo 318 bis, la pena de cuatro a ocho años de prisión, que se agravará cuando el tráfico ilegal ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz.



- afecta a todas las penas privativas de libertad, pues si bien está prevista inicialmente la sustitución de penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, también se puede acordar la expulsión de un extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- El tiempo de la expulsión es entre cinco y diez años. Para fijarlo deberá valorarse la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

Esta regulación resulta de la modificación del artículo 89 por la L.O. 5/2010, de 22 de junio. La expulsión de extranjeros en sede penal, como sustitutivo íntegro del cumplimiento de la pena impuesta, se incorporó al Código penal en la redacción dada por la L.O. de 23 de noviembre de 1995.

### 2.1.2 La expulsión como medida de seguridad

También en el vigente Código penal de 1995 la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente se configura como medida de seguridad no privativa de libertad. Así, el artículo 95 dispone lo siguiente:

«

*1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente [personas exentas de responsabilidad criminal] de este Código, siempre que concurran estas circunstancias:*

*1ª) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*

*2ª) Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*

*2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 96.3.»*

Entre las medidas a que se refiere el apartado 3 artículo 96 y en relación con los extranjeros está la expulsión del territorio nacional de los no residentes legalmente.

Y también cabe la expulsión, como medida sustitutiva de la medida de seguridad no privativa de libertad acordada contra un extranjero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del siguiente modo:

- Debe tratarse de un extranjero no residente legalmente en España.
- Lo acordará el juez o tribunal en la sentencia, previa audiencia de aquél, salvo que oído el Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.
- La expulsión así acordada supondrá el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para trabajar o residir en España.
- Si acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.
- El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión.
- El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

## 2.2 La expulsión administrativa<sup>124</sup>

Hay que comenzar diciendo que la Ley de extranjería tipifica como infracciones determinadas conductas descritas en sus artículos 52

---

<sup>124</sup> Vid., sobre este tema, TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, cit., pp. 113-153.

(infracciones leves<sup>125</sup>), 53 (infracciones graves<sup>126</sup>) y 54 (infracciones muy graves<sup>127</sup>). Dichas infracciones están sancionadas con multas de diferentes cuantías y para alguna de ellas -las muy graves y algunas graves- podrá aplicarse, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

Además, de conformidad con el artículo 57.2 de la Ley de extranjería, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de

<sup>125</sup> Según el artículo 52 son infracciones leves:

- a) La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.
- b) El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.
- c) Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal.
- d) Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular.
- e) La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

<sup>126</sup> Según el artículo 53 son infracciones graves:

- a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.
- b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.
- d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.
- e) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.
- f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- g) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.

<sup>127</sup> 1. Son infracciones muy graves:

- a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- b) Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito.
- c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.
- d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Esto es:

- No es preciso que el extranjero se encuentre de forma irregular en España.
- La expulsión no constituye una sanción toda vez que no se impone por la comisión de una infracción administrativa (el supuesto contemplado no se prevé como infracción administrativa en los artículos 52 y siguientes de la ley de extranjería).
- La expulsión no lo es como alternativa a la sanción de multa ni como medida sustitutiva de la pena, sino que se impone de forma imperativa y como única consecuencia legal posible.
- A diferencia de la expulsión como sanción penal sustitutiva de una pena privativa de libertad, precisa la tramitación de un expediente administrativo en el que se tengan en cuenta las diversas circunstancias concurrentes en el caso y que determine la expulsión de forma motivada, apoyando su decisión en un bien jurídico de mayor valor que el derecho del extranjero a residir en España. Para la causa de expulsión prevista en este artículo 57.2 de la ley de extranjería, el artículo 234 de se Reglamento prevé la tramitación del procedimiento preferente

---

e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.

2. También son infracciones muy graves:

a) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.

b) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España.

Esta obligación incluirá los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defecto, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual le haya transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

Lo establecido en las dos letras anteriores se entiende también para el caso en que el transporte aéreo o marítimo se realice desde Ceuta o Melilla hasta cualquier otro punto del territorio español.

3. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le es admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

- Se exige que el extranjero haya sido condenado, independientemente del país en el que se imponga la pena. No basta, pues, que esté imputado o procesado por la comisión de un delito
- No es imprescindible que la pena efectivamente impuesta al extranjero haya sido superior a un año, basta con que la conducta *«constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año»*. Es posible que la pena finalmente impuesta no alcance efectivamente esta duración e incluso que no haya llegado a ingresar en un centro penitenciario.
- No procederá la tramitación de un procedimiento administrativo de expulsión si el extranjero ha sido condenado pero los antecedentes penales han sido cancelados. Ahora bien, la existencia e antecedentes penales no cancelados no quiere decir que la expulsión deba aplicarse de forma automática.
- Se hace referencia únicamente a delitos dolosos, dejando al margen delitos imprudentes.

Como dice SELMA PENALVA<sup>128</sup>, realmente en este artículo se está proclamando que el *«Estado tiene una potestad de control y expulsión de los extranjeros que se encuentran en su territorio, ahora bien, al igual que esta proclamación no tiene naturaleza sancionadora, tampoco puede tener causa arbitraria»*. No se precisan cuáles son los bienes jurídicos de mayor valor al derecho de residir en España, pero puede entenderse que son el orden, la salud y la seguridad pública, como señala el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, al que me refiero a continuación.

En definitiva, la comisión de un delito que, en abstracto, tenga atribuida en España pena privativa de libertad superior a un año constituye por sí sola causa de expulsión en virtud del artículo 57.2 de la Ley de extranjería. Pero hay que tener en cuenta que el origen de este artículo: es una concreta transposición de la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (artículo 3 de la Directiva 2001/40/CE), que contempla *«la expulsión de los ciudadanos extraeuropeos basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales»* en caso de condena a pena privativa de libertad de al menos un año.

Por ello no procede la aplicación automática de la causa de expulsión del artículo 57.2. Así, junto a los antecedentes penales deben tomarse en consideración otros factores concurrentes en su entorno personal: la

---

<sup>128</sup> SELMA PENALVA, Alejandra. “La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. 2013, núm. 13.

reincidencia o no en la comisión de delitos, la posible concurrencia con infracciones administrativas, la carencia de medios lícitos de vida, una vivienda propia, el seguimiento de estudios, los vínculos con el país de origen y, en lo que a este trabajo interesa, su vida familiar y las consecuencias que para los miembros de su familia supondría la expulsión.

En definitiva, la aplicación de la sanción en el supuesto descrito en el artículo 57.2 de la Ley de extranjería no es automática, pues deben tomarse en consideración todos aquellos datos concurrentes relativos a su situación personal, social o laboral, que demuestren que el extranjero constituye un riesgo potencial para la seguridad del Estado y de sus ciudadanos.

Y por lo que respecta a los ciudadanos de la Unión Europea, el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, dispone, en cuanto a estos ciudadanos y a los miembros de su familia, la posibilidad de acordar su expulsión -también la denegación de la expedición o la renovación de las tarjetas de residencia- cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Esto es, los principios de orden público, seguridad pública y salud pública constituyen bienes jurídicos más valiosos que la libertad de desplazamiento.

La posibilidad de expulsión prevista en el Real Decreto 240/2007 no implica necesariamente la previa comisión por parte del sujeto de una infracción penal o administrativa, como sería el caso de una expulsión por motivos de salud pública.

Cuando se acuerda por motivos de orden público o seguridad pública, la comisión de un delito, por sí sólo, como análisis a continuación, no es suficiente. Estas razones deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de la medida de expulsión, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente.

Fuera de situaciones en las que puede apreciarse un riesgo cierto o probable contra el orden público, la seguridad pública o la salud pública, no cabe expulsar a un ciudadano de la Unión ni a sus familiares directos del territorio español. Ni la comisión de delitos, ni la imposición de sanciones administrativas, ni la carencia de documentos (el visado o la tarjeta de

residencia de un familiar no europeo de un ciudadano de la Unión), por sí solos, pueden llevar aparejada la expulsión del territorio nacional.

Si se trata de estos ciudadanos o de miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, solo puede adoptarse la expulsión si existen motivos graves de orden público o seguridad pública, teniendo en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Volviendo a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de extranjería, en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa. La expulsión, además de conllevar en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado, implicará también el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 57, la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, con carácter general, a los siguientes extranjeros:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer -o, en su caso, ejecutar- la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

Pese a lo anterior, sí podrá imponerse la sanción de expulsión cuando:

- la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1: participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana o,
- la infracción cometida suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión.
- si se trata de residentes de larga duración, antes de adoptar la decisión de la expulsión, debe tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España, los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia y los vínculos con el país al que va a ser expulsado (artículo 57.5 b)

La ley dispone que no podrá ser ejecutada la expulsión si conculca el principio de no devolución o afecta a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

En cuanto al extranjero que se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevé una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho en el expediente administrativo de expulsión, el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorizará la expulsión salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. Si el extranjero se encuentra sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará a cada uno la autorización de expulsión. Todo ello, siempre que no se trate de los delitos tipificados en los artículos 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 313 (determinar o favorecer la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando otro engaño semejante) y 318 bis (tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea) de este Código.



### 2.3 Aplicación de los criterios legales sobre expulsión en casos de extranjeros con vida familiar

De lo anterior cabe concluir que la Ley de extranjería no ha incluido, entre los supuestos de extranjeros a los que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, a aquellos con vida familiar en nuestro país. Como es una medida que afecta directamente a la vida familiar del expulsado debe exigirse el indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto: de un lado, la defensa del orden público o de una determinada política criminal y, de otro, la vida familiar del afectado por la medida valorando sus concretas circunstancias, su arraigo y su situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia y la motivación de la decisión.

Como se ha dicho antes, la ley, en el caso de residentes de larga duración, introduce un trato privilegiado pues únicamente podrá adoptarse su expulsión si representan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y establece los criterios que deben tomarse en consideración antes de adoptar una medida de expulsión (artículo 57.5.b):

- el tiempo de su residencia en España,
- los vínculos creados,
- su edad,
- las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia y,
- los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

Estos criterios permiten perfilar mejor el concepto de arraigo familiar, así como su conexión con el vínculo familiar y con una simple relación de hecho; también contribuyen a motivar las razones de la expulsión de la persona extranjera; y, por último, crean un lazo estrecho entre la vida familiar y la decisión sobre el retorno.

En efecto, estos criterios permiten valorar el «arraigo familiar» de los extranjeros como base para la suspensión por los Tribunales de las medidas de expulsión adoptadas por resoluciones administrativas. Así, el Tribunal Supremo ha admitido -como veremos más adelante- que la suspensión de una medida de expulsión es procedente cuando la persona afectada tiene arraigo suficiente en España por razón de sus lazos familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de una orden de expulsión le produciría unos perjuicios de índole personal de difícil reparación, siempre

que la suspensión de la ejecución no genere un singular perjuicio al interés general.

La doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, recogida en su sentencia de 23 de septiembre de 2003 (asunto núm. 109/2001), establece que excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8.1 del Convenio.

Pero ni la Ley de extranjería, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo se refieren al artículo 8 del Convenio para fundamentar la protección del derecho al respeto de la vida familiar del extranjero como reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar y la prohibición de expulsión del extranjero con una vida familiar establecida en el país de acogida. El Tribunal Supremo ha utilizado en reiteradas ocasiones el artículo 39.1 de la Constitución, que dispone, como uno de los principios rectores de la política social y económica, que «*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*» para declarar que la ejecución de la medida administrativa de expulsión de un extranjero puede, en determinados supuestos, ocasionar daños de difícil o imposible reparación sobre su situación familiar consolidada en nuestro país.

Así, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de abril de 1999 (recurso de casación 6649/1995), establece que «*Esta Sala ha dictado reiteradas resoluciones sobre las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con la denegación de la exención de visado o de la expedición de un documento que autorice la estancia en España. En ellas se ha declarado que dicha suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión -directamente adoptada o que puede adoptarse como consecuencia del deber de abandonar el territorio nacional que en la resolución administrativa se impone- habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (autos de 6 febrero 1988, 17 septiembre 1992, 28 septiembre 1993 y 11 julio 1995, y sentencia de 15 de enero de 1997, entre otros)*» (el subrayado es mío).

Esta doctrina se recoge en las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2000, que resuelven los recursos de casación números 5757/1998 y 9409/1998, pues entienden que la denegación de la

suspensión de la obligación impuesta al recurrente de abandonar el territorio español conculca abiertamente la reiterada y uniforme jurisprudencia al respecto ya que el cumplimiento de la medida produciría la ruptura de la convivencia familiar.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en casos en los que la petición de suspensión de la expulsión del extranjero se fundamenta en la existencia de un vínculo matrimonial con un ciudadano español. Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala 3ª de 27 de abril de 1999 resuelve el recurso de casación<sup>129</sup> interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional para la que *«el matrimonio, como acto jurídico, no puede erigirse en motivo suficiente para dejar sin efecto el régimen sancionador en materia de extranjería, pues lo contrario supondría dar carta de naturaleza a una vía de exención no querida por el legislador, que de lo contrario habría sido consagrada de manera expresa. [...]»*. El Tribunal Supremo no se muestra de acuerdo con este razonamiento pues considera que el ordenamiento jurídico evidencia un tratamiento especial al cónyuge extranjero de un ciudadano español (por ejemplo, como en el caso, una preferencia para la obtención del permiso de trabajo de extranjero casado con española o de extranjera casada con español) *«mientras subsista el vínculo y siempre que el matrimonio no se hubiese contraído de forma fraudulenta, a fin de obtener permiso de trabajo o renovarlo, lo que demuestra que, en aplicación del principio de protección social, económica y jurídica de la familia, recogido por el artículo 39.1 de la Constitución, reconoce también la obligación de los cónyuges, impuesta por el artículo 68 del Código civil, de **vivir juntos y socorrerse mutuamente**»*.

Y por su parte, la sentencia de 24 de abril de 1999 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo dispone: *«[...] la interpretación y aplicación sistemática de todos los preceptos citados, tanto de la Constitución como del ordenamiento jurídico de extranjería y del Código civil, no autoriza la expulsión de los extranjeros casados con español o española, que se encuentren trabajando en España, sin haberles dado la posibilidad de obtener el correspondiente permiso de trabajo, pues, de lo contrario, se impediría la convivencia marital, impuesta legalmente, y se eludiría el principio constitucional de protección a la familia, de manera que sólo cuando se demuestre haberse respetado la aludida preferencia para la obtención del permiso de trabajo, impuesta por el artículo 18.3 de la Ley Orgánica 7/85, cabe entender que el extranjero o extranjera, casado con española o español, ha incurrido en causa de expulsión si se encuentra trabajando sin permiso en España, pues, de lo contrario, se conculca el*

---

<sup>129</sup> Recurso de casación núm. 127/1995.

*indicado principio constitucional de protección social y económica a la familia al forzar la separación de hecho de los cónyuges sin haberles concedido la posibilidad de legalizar la situación del cónyuge extranjero que esté trabajando».*

En definitiva, el Tribunal Supremo se apoya en la protección de la familia (artículo 39 de la Constitución Española) y en la obligación de los cónyuges de vivir juntos y socorrerse mutuamente (artículo 68 del Código Civil) para proteger la vida familiar del extranjero sancionado con la expulsión del territorio nacional. El matrimonio constituye un estado civil que resulta incompatible con la expulsión de uno de los cónyuges del territorio nacional (sentencia de la Sala 3<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2001). Los casos de expulsión de un extranjero casado con una persona de nacionalidad española por estancia ilegal al carecer del exigible permiso infringen el artículo 39.1 de la Constitución, por cuanto se impide la obligada convivencia entre los cónyuges vulnerando el principio de protección a la familia. De esta forma, pese a que la legislación de extranjería contemple como causa de expulsión del territorio español que un extranjero se encuentre en él ilegalmente, no puede autorizarse la expulsión sin darle la posibilidad de legalizar su situación, esto es, la posibilidad de obtener el correspondiente permiso de residencia pues, de lo contrario, se impediría la convivencia marital impuesta legalmente y se eludiría el principio constitucional de protección a la familia (sentencia de la Sala 3<sup>a</sup>, de 1 de julio de 2000).

Y lo mismo ocurre con las parejas de hecho. En la sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2000<sup>130</sup>, se aplica la doctrina de la Sala para amparar una relación de hecho equiparable al matrimonio con una persona residente legalmente en territorio español, ya que «*cabe la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho estable cuando se trata de aplicar normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de afectividad [...]*».

Por último, y en relación con los trámites del procedimiento de expulsión creo necesario resaltar dos extremos.

Por un lado, la necesidad de motivación de la sanción de expulsión y prohibición de entrada en España, pues lo contrario vulneraría los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (24.1 de la Constitución) y a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución). Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que las garantías procesales establecidas en el artículo 24 de la Constitución son aplicables también a los procedimientos

---

<sup>130</sup> Dictada en el recurso de casación núm. 9738/1998.

administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, incluyendo en esas garantías el deber de motivación. Este deber incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer. Si una resolución sancionadora se limita a constatar la mera existencia de la conducta infractora (estancia irregular en España) y no contiene ninguna fundamentación sobre la elección de la sanción de expulsión en vez de la de multa, vulnera el artículo 24.1 de la Constitución y, por tanto, es una resolución nula (sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de junio de 2009).

Y por otro, la omisión del trámite de audiencia al penado cuando la pena privativa de libertad es sustituida en sentencia por la expulsión.

Según el artículo 89 del Código Penal se oye al penado cuando la pena privativa de libertad no es sustituida en la sentencia por su expulsión y debe cumplir su condena en un centro penitenciario en España. Y también se le da audiencia cuando la expulsión es acordada en un auto motivado posterior a la sentencia. Pero, insisto, no se le oye cuando se sustituye en sentencia el cumplimiento de la pena privativa de libertad por la expulsión. Entiendo que debería dársele audiencia también aquí, ya que la expulsión puede afectar a su derecho a la vida familiar y a su dignidad humana; en concreto, si el expulsado es enviado a un Estado en el que va a ser sometido a torturas o a persecución, podría resultar vulnerada la prohibición de tratos inhumanos y degradantes recogida en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De aquí que, como razonó la Sala 2ª del Tribunal Supremo (sentencia de 8 de julio de 2004), sea necesario el trámite de audiencia al reo para la salvaguarda de derechos fundamentales afectados por la expulsión y que exigen la posibilidad de conocer la situación personal del extranjero antes de decidir su expulsión. Además la audiencia del interesado es una garantía del ejercicio de defensa como aspecto integrado dentro del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva.

La medida de expulsión obligatoria a los extranjeros no residentes legalmente en España condenados por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años responde a una política criminal acorde con los fines específicos del derecho penal y a una política de control de flujos migratorios. Supone, por un lado, un tratamiento más beneficioso que el cumplimiento de la pena privativa de libertad, por cuanto evita la entrada en la cárcel, con todos los efectos negativos que ello implica para el penado, siendo la prisión la pena más grave de las previstas

en el Código penal, y por otro, la descongestión del saturado sistema penitenciario español, pero considero que su imposición debería hacerse previa audiencia del afectado en cuanto afecta a derechos fundamentales.

Finalmente, no quiero terminar este capítulo sin mencionar que el respeto de la vida familiar como el interés superior del niño son consideraciones primordiales en materia de retorno de inmigrantes que se encuentren ilegalmente en nuestro territorio o en el de alguno de los países miembros de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

## CAPÍTULO IV

### INMIGRACIÓN Y MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

#### A. INTRODUCCIÓN

*«Deseo encontrar a un hombre que se case por conveniencia. Le pagaré por este favor. No soy gay. Soy peruano y quiero trabajar».*

*«Hola. Somos una pareja española que quiere casarse con gente sin papeles. Pedimos seriedad».*

*«Busco dama española para casamiento. Pago 4.000 euros y viaje a Colombia».*

*«Por necesidad, busco a una extranjera que quiera arreglar sus papeles a cambio de dinero. No pido sexo».*

Estos son algunos ejemplos de anuncios que aparecen en Internet y que se recogen en un artículo de prensa,<sup>131</sup> donde además se explica el modo de proceder: el interesado anota su dirección de correo electrónico o un número de móvil y espera. A los pocos días habrá recibido muchas ofertas.

La celebración de matrimonios ficticios (civiles o religiosos), esto es, la utilización fraudulenta del matrimonio para conseguir fines que no son los específicamente matrimoniales, no es un hecho nuevo en nuestra sociedad: siempre han existido, existen y, probablemente, continuarán existiendo. Lo único nuevo y preocupante es el aumento del número de matrimonios fraudulentos en los países de la Unión Europea debido fundamentalmente al fenómeno inmigratorio irregular: a través de la celebración del matrimonio se pretende lograr la nacionalidad o la residencia legal en los países comunitarios europeos.

No hay duda de que los movimientos migratorios contribuyen al incremento de relaciones personales con elementos culturales diversos, como el idioma y los códigos de conducta. Para GARCIA RODRIGUEZ<sup>132</sup>,

---

<sup>131</sup> Diario El País, 11 de octubre de 2007.

<sup>132</sup> GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. “La celebración e inscripción de matrimonios mixtos”. En: *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999. pp. 205-235.

el matrimonio es uno de los sectores del ordenamiento jurídico en el que el pluralismo cultural tiene un mayor reflejo porque se utiliza como instrumento de defensa y transmisión de los valores propios de una concreta cultura. Así, la celebración de matrimonios mixtos (entendido aquí como matrimonio entre personas de distinta nacionalidad) implica una interconexión que permite o favorece la permeabilidad cultural y entre ordenamientos. Pero ocurre que el matrimonio puede ser utilizado indebidamente con el fin de acceder a un territorio concreto, y el efecto positivo de la permeabilidad podría convertirse en el negativo de una multiculturalidad independiente si el inmigrante pretende reproducir todos sus códigos de conducta en el Estado de acogida, aunque sean contrarios a los principios y valores defendidos en él. En este punto, el papel del derecho internacional privado es importante, pues nos ayuda a conseguir un equilibrio entre los valores jurídicos diferentes de las culturas coexistentes dentro del respeto y defensa de los derechos humanos.

Las personas que realizan matrimonios ficticios pretenden, en fraude de ley<sup>133</sup>, obtener beneficios de alguna o de todas las consecuencias legales de la institución matrimonial: beneficios sociales (por ejemplo, alcanzar un determinado estatus social, acceder a la pensión de viudedad), beneficios civiles (por ejemplo, acceder a cierta vecindad civil), beneficios económicos (por ejemplo, beneficiarse de la fortuna económica del otro cónyuge, obtener una pensión tras el divorcio, subrogarse en el arrendamiento de inmuebles), beneficios fiscales (por ejemplo, poder realizar una declaración de la renta conjunta), beneficios políticos (por ejemplo, evitar la persecución o deportación por razones políticas, étnicas), etc. Incluso se ha utilizado el matrimonio, siendo uno de los contrayentes homosexual, como medio para ocultar su condición sexual, cuando la homosexualidad era considerada un estigma social.

En el presente capítulo voy a analizar el matrimonio ficticio que pretende obtener beneficios en el campo de la nacionalidad y la extranjería, esto es, cuando se celebra matrimonio entre español y extranjero o entre extranjeros con la única finalidad de conseguir ventajas respecto a la obtención de la nacionalidad y en la aplicación del régimen de entrada y residencia.

Se trata de matrimonios ficticios porque los contrayentes realizan la ceremonia formal del matrimonio sin auténtica intención matrimonial y para conseguir unos fines ajenos a los propiamente matrimoniales. Como

---

<sup>133</sup> La figura jurídica del fraude de ley, que nuestro derecho plasma, entre otros, en el artículo 6.4 del Código Civil, supone un acto humano por el que, utilizando medios suficientes, se trata de conseguir un concreto fin amparándose en una norma jurídica que está dada para una finalidad distinta y contrapuesta a la perseguida.



más adelante veremos, se está ante un negocio jurídico simulado, que la doctrina llama indistintamente «matrimonios de conveniencia», «matrimonios de complacencia» o «matrimonios blancos»<sup>134</sup>.

El matrimonio ficticio, como se ha indicado, también se da en el derecho canónico. Como dice BRIONES MARTINEZ<sup>135</sup>, la simulación canónica se puede utilizar como un medio para conseguir algunos derechos que el ordenamiento jurídico estatal le otorga al ciudadano por su estado civil de casado. El matrimonio canónico ficticio es posible en países como España, pues el matrimonio canónico tiene efectos civiles desde su celebración aunque para el pleno reconocimiento de los mismos sea necesaria su inscripción en el Registro<sup>136</sup>.

Es un fenómeno que, como ya he dicho, viene existiendo paralelamente a la institución matrimonial, pero lo llamativo en el momento actual es su significativo aumento, especialmente en algunos países de la Unión Europea como España, Francia, Italia, que están afectados por una fuerte inmigración.

En particular, en España, es un fenómeno que empieza a tener bastante importancia porque -como ya se ha dicho en el capítulo segundo- ha pasado de ser un país de emigración a ser un país de acogida de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí (aunque el número de inmigrantes ha disminuido debido a la grave crisis económica que afecta a España desde el año 2008). Esto ha hecho que el número de matrimonios celebrados entre españoles y extranjeros haya aumentado mucho en los últimos años<sup>137</sup>. Además, en los medios de comunicación social españoles es frecuente encontrar noticias sobre redes de mafias acusadas de concertar matrimonios de conveniencia para inmigrantes ilegales previo pago de determinadas cantidades de dinero, a la vez que captan mediante la recompensa de una cantidad de dinero a incautos o personas sin escrúpulos que estén dispuestos a figurar como futuros esposos en el expediente matrimonial correspondiente<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> Este término es utilizado sobre todo por la doctrina francesa y hace referencia a la no consumación sexual de los mismos o a la falta de convivencia marital.

<sup>135</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. “La simulación en el matrimonio civil y en el canónico: similitudes y diferencias.”. 84 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Curso 1993-1994).

<sup>136</sup> También se reconocen efectos civiles al matrimonio canónico en países como Italia, Portugal, Colombia y la República Dominicana. FERRER ORTIZ, Javier. “La simulación en el derecho matrimonial español”. *Ius Canonicum*, XXXIII. 1993, núm. 66, pp. 641-712.

<sup>137</sup> Según los datos de INE (2011) los matrimonios en los que uno de los cónyuges o los dos sean extranjeros suponen aproximadamente un 19,3% del total de los celebrados entre cónyuges de distinto sexo y un 2,4% del total, entre personas del mismo sexo.

<sup>138</sup> Como ejemplo, en el Diario ABC de fecha 25 de julio de 2013 aparece el siguiente artículo: «Un centenar de detenidos por amañar 70 bodas. Casaban a españolas con marroquíes para que estos pudieran

Antes de entrar a analizar en profundidad los matrimonios de conveniencia, que persiguen beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial en el campo de la nacionalidad y de la extranjería, me gustaría recordar que no siempre media el interés económico. Pese al bienestar social y económico alcanzado en España, la estructura familiar resulta a veces insuficiente para atender a personas enfermas o de cierta edad que, en ocasiones y por ello, recurren al matrimonio con una persona extranjera para recibir las atenciones y cuidados necesarios. El cónyuge extranjero obtiene a cambio la residencia legal y, en su caso, la nacionalidad. Concretamente, en España, son muchos los matrimonios celebrados entre una cubana, una dominicana o una búlgara y un español que le dobla la edad<sup>139</sup>. Estos casos no siempre salen bien. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia, en su sentencia de 10 de septiembre de 2002<sup>140</sup>, decretó la nulidad del matrimonio celebrado entre un español y una búlgara. El demandante, un español de ochenta y cinco años, se casó con una búlgara de cuarenta años «con el fin de recibir una atención adecuada a su edad a cambio de la nacionalidad y los beneficios patrimoniales que tras su fallecimiento iba a obtener su esposa». El

---

moverse por Europa: La Guardia Civil ha desmantelado una organización internacional que regularizaba a inmigrantes mediante el amaño de matrimonios de conveniencia. Entre los encartados estaba un abogado ecuatoriano, supuesto experto en extranjería. La operación “Frontera” se ha saldado con 101 detenidos, detalló ayer la delegada del Gobierno, Cristina Cifuentes. La banda preparó 70 bodas interesadas. La mayoría entre españolas y marroquíes, por las que cobraban entre 5.000 y 10.000 euros, de los que 1.500 iban a las “novias”. Se valían de testigos falsos y pisos patera donde eran empadronados, ubicados en Tres Cantos, Valdemoro y Horcajo de la Sierra. El alférez del puesto principal de Tres Cantos, ..., afirmó que una vez que los inmigrantes tenían una vivienda y se empadronaban en los Ayuntamientos, la mafia les buscaba “una novia”. “A mayor facilidad de requisitos del Ayuntamiento, menos difícil era que se produjeran matrimonios o uniones de hecho”, apostilló el guardia civil.

Además la organización contaba con cinco empresas “pantalla”, en las que daban de alta en la Seguridad Social a las mujeres españolas mediante un contrato falso. Así, las futuras contrayentes acreditaban que tenían suficientes medios de vida, uno de los requisitos para poder casarse, apunta EP. El objetivo real del entramado era que los marroquíes consiguieran la tarjeta familiar de miembro de la Unión Europea, que permite la estancia legal y regularizarse en el resto de países comunitarios. Las tarjetas que se han conseguido serán revocadas y aquellas que se están tramitando no se concederán. La investigación arrancó cuando se vieron colgados en Valdemoro y Tres Cantos carteles anunciando la regularización de papeles por 150 euros.

Los cabecillas en prisión. En la operación se han practicado diez registros: siete domicilios, el despacho de abogados, una gestoría y un locutorio. También se han intervenido once vehículos.

Entre los 101 detenidos (a los que se imputa los delitos de pertenencia a organización criminal, contra el derecho de los ciudadanos extranjeros, falsedad documental y blanqueo de capitales) destacan los diez cabecillas. Entre estos últimos...destacan cuatro marroquíes, que ya están en prisión preventiva».

También, el Diario La Razón de 1 de noviembre de 2009 recogía la noticia de la detención por la Policía Nacional de treinta y cuatro integrantes de una red internacional de matrimonios de conveniencia que concertó más de un centenar de enlaces entre colombianos y españoles para legalizar la residencia en España de los primeros. Los inmigrantes irregulares pagaban entre 10.000 y 12.000 euros por casarse con una persona de nacionalidad española, de los que ésta recibía 3.000 euros y los testigos del enlace, 200 euros. La mayoría de estos enlaces eran civiles, pero también muchos se celebraron en parroquias madrileñas, sin que ninguno de los párrocos estuviese al tanto de que se trataba de matrimonios de conveniencia.

<sup>139</sup> GARCIA RODRIGUEZ, Isabel. *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*. Madrid: Colex, 2008. p.187.

<sup>140</sup> En: *Revista Jurídica Española LA LEY* 7/2002. 7001-8040. Ref. 7711.

Juzgado declaró la nulidad del matrimonio no por vicio de consentimiento, sino por «error» en las cualidades personales de la esposa búlgara, porque durante los meses previos al matrimonio, mientras estaba como asistenta doméstica, mostró una afectividad y cuidados al actor que se convirtieron en *«trato vejatorio y despectivo y con agresiones físicas»* tras la boda. También podría haberse declarado la nulidad del matrimonio por vicio del consentimiento prestado por la esposa, pues en los hechos quedó probado que con la unión matrimonial sólo pretendía obtener los beneficios mencionados, vaciando su consentimiento de todo contenido matrimonial.

Un singular intento de evitar el cumplimiento de las normas de extranjería fue el caso de un sacerdote de Pontevedra que inscribió como pareja de hecho a su asistenta para impedir su expulsión movido por un *«sentimiento de humanidad y de caridad»*. Con este gesto, el sacerdote intentó legalizar la residencia de la mujer brasileña que desde hace años le atendía ya que su permiso de residencia había expirado. Pero la buena acción duró poco –esta peculiar unión solo consta entre los días 1 y 13 de octubre de 2007- pues el Obispado de Tui-Vigo compelió al sacerdote a anular la inscripción<sup>141</sup>.

En cualquiera de estos casos -como se verá mas adelante-, estaríamos ante un matrimonio nulo por falta de consentimiento matrimonial.

## 1. LA REGULACIÓN CIVIL DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

La legislación civil (al final de este capítulo hago una especial referencia al matrimonio canónico) no contiene una definición expresa de matrimonio ni del consentimiento matrimonial, pese a que este es un elemento esencial del matrimonio, pues el artículo 45 del Código Civil dispone que *«No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»*. No obstante, después expondré lo que se entiende por matrimonio y consentimiento matrimonial con base en lo dispuesto en la legislación y en la doctrina.

Quienes deseen contraer matrimonio -personas del mismo o distinto sexo- acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en el Código Civil: ser mayores de edad o menores emancipados; no estar ligados con vínculo matrimonial; no ser parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o parientes colaterales por

---

<sup>141</sup> Diario ABC, de 4 de noviembre de 2007.

consanguinidad hasta el tercer grado; y no estar condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos<sup>142</sup>.

Después acudirán junto a dos testigos ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente que, una vez leídos los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, les preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente.

Los artículos 66, 67 y 68 declaran los siguientes derechos y deberes:

Artículo 66: *«Los cónyuges son iguales en derechos y deberes».*

Artículo 67: *«Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia».*

Artículo 68: *«Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».*

De lo anterior puede concluirse que, cuando se pregunta a los contrayentes después de haber sido leídos los anteriores artículos si consienten en contraer matrimonio, el consentimiento matrimonial está constituido por la manifestación de su voluntad de querer asumir tales derechos y obligaciones. Y el matrimonio sería la unión legal entre ellos para establecer una comunidad de vida con los derechos y obligaciones ya expresados.

El consentimiento matrimonial es necesario para que exista el matrimonio. Así lo dispone el artículo 45 del Código Civil: *«No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial».*

Además, para que el consentimiento matrimonial sea válido debe ser libre e incondicionado. El artículo 73.5 del Código Civil dispone que *«Es nulo cualquiera que sea la forma de celebración: [...] 5.º El contraído por*

<sup>142</sup> Estos impedimentos para contraer matrimonio pueden ser dispensados. Así, el artículo 48 del Código Civil establece que: *«El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres y guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.»*

*coacción o miedo grave*». Y el artículo 45 añade que «*La condición, término o modo del consentimiento se tendrán por no puestos*».

Como explica ESPINAR VICENTE<sup>143</sup>, recogiendo las palabras de DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, la idea base del consentimiento matrimonial es doble: por un lado, el deseo de acceder a la unión con otra persona y, por el otro, asumir los derechos y obligaciones legalmente establecidos respecto de una persona concreta (domicilio común, cargas económicas de la convivencia, socorro mutuo y las obligaciones familiares derivadas de la prole).<sup>144</sup>

En definitiva, si los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, derechos y deberes del matrimonio, el consentimiento matrimonial así declarado es simulado y, en consecuencia, el matrimonio, nulo por falta de consentimiento matrimonial.

Para DE CASTRO Y BRAVO<sup>145</sup>, la simulación en un negocio jurídico existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial. Cuando la declaración falsa no encubre otra cosa que la carencia de causa se trata de una simulación absoluta o en sentido propio<sup>146</sup>. Cuando la declaración falsa viene a encubrir otro contrato que sí tiene causa verdadera, se está ante una simulación relativa o también disimulación<sup>147</sup>. No hay duda de que la simulación –sigue diciendo DE CASTRO Y BRAVO– lleva dentro de sí misma la idea del ocultamiento o del engaño. La declaración simuladora es querida y no sólo para ocultar o engañar; se quiere crear una apariencia y para un fin determinado.

Por todo ello, la declaración de que un negocio jurídico es simulado de modo absoluto lleva consigo su total ineficacia negocial, su inexistencia, su nulidad, y lo mismo ocurrirá en la simulación relativa, si resulta que el negocio simulado es también nulo. Por lo que se refiere a la nulidad por

---

<sup>143</sup> ESPINAR VICENTE, José. María. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 1996.

<sup>144</sup> ESPINAR VICENTE excluye los efectos patrimoniales del consentimiento matrimonial porque solo pueden surgir tras la celebración del matrimonio para lo cual el consentimiento ya se ha prestado, pero considera que las obligaciones económicas que se adquieren al haber prestado el consentimiento matrimonial van más allá de la propia vida del matrimonio ya que los cónyuges asumen unas obligaciones materiales para con el otro y la prole que ni siquiera el divorcio pone fin. En *El matrimonio y las familias...* cit.

<sup>145</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico del derecho civil*. Volumen X. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967. pp. 333 y s.

<sup>146</sup> Por ejemplo, A vende a B una finca ante notario, confesando A haber recibido su precio; en realidad, no hay entrega de precio y A y B están de acuerdo en que B aparezca como adquirente y en que A siga siendo el dueño. Lo que se puede hacer en otro documento es dejar constancia de la realidad, es decir, una declaración ocultada o contra-declaración.

<sup>147</sup> Por ejemplo, A vende a B una finca ante notario y se oculta que no hay precio, ya que A quiere y B acepta que sea una donación; hay una venta simulada y una donación disimulada.

simulación de los negocios de Derecho de familia (como, por ejemplo, el matrimonio o la adopción) -sigue diciendo DE CASTRO Y BRAVO- se alega en su contra lo peligroso que resulta «*minar con ello la seguridad del estado civil*», y en su favor «*lo inconveniente de atribuir plena eficacia “inter partes” a un vínculo no querido*», así como imponer la validez de unos actos sobre cuya finalidad fraudulenta hay certeza moral, según resulta de la prueba.

En definitiva, por lo que atañe al matrimonio civil, la mayoría de la doctrina entiende que si bien en el derecho matrimonial civil no existe la figura de la simulación como causa de nulidad (la referencia a la simulación total fue suprimida por la Ley de 7 de julio de 1981 y la simulación parcial nunca ha estado recogida en el Código Civil), puede entenderse que la simulación absoluta del consentimiento matrimonial es causa de nulidad del matrimonio con base en los artículos 45 y 73 del Código Civil, que recogen el principio consensual del matrimonio «*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*» y es nulo «*El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*». Y por lo que respecta a la simulación parcial, la mayoría de la doctrina civilista niega la posibilidad de que sea causa de nulidad en el matrimonio civil, pues en el matrimonio civil se regulan derechos y obligaciones, pero no existen elementos o propiedades esenciales como en el matrimonio canónico. Ni la ordenación del matrimonio a la procreación, ni la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ni la fidelidad están presentes en el matrimonio civil como elementos esenciales del mismo y lo único claramente necesario para el derecho civil es el consentimiento matrimonial pleno, pues como establece el párrafo segundo del artículo 45 del Código Civil: «*El término, modo o condición se tienen por no puestos*».

## 2. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA SIMULACIÓN CIVIL Y LA SIMULACIÓN CANÓNICA

En este punto de la exposición estimo conveniente realizar un análisis comparativo entre la simulación civil y la canónica.

El matrimonio canónico, cuyo rito es elegido por los españoles mayoritariamente y también por quien pretende burlar las normas de extranjería mediante la celebración de matrimonio, tiene efectos civiles desde su celebración aunque para el pleno reconocimiento de los mismos sea necesaria su inscripción en el Registro. El canon 1057 del Código de Derecho Canónico de 1983 dispone que «*El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede*

*suplir. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio».*

De lo anterior se desprende que el consentimiento es causa eficiente o verdadera causa constitutiva del matrimonio, al igual que ocurre con el matrimonio civil. Y, en el canon 1101, tras establecer en su párrafo primero una presunción de derecho al disponer que: *«El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio»*, el párrafo 2º dispone que *«Si uno o ambos contrayentes excluyen con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio, o una propiedad esencial, contraen inválidamente»*. Esta exclusión del matrimonio mismo -exclusión total- o de alguna de sus propiedades o elementos esenciales -exclusión parcial-<sup>148</sup> es causa de nulidad por razón de ausencia del consentimiento.

Para VILADRICH<sup>149</sup>, el consentimiento que se ha de prestar en el matrimonio canónico es, ante todo, un acto humano, es decir, un acto conjunto y armónico del entendimiento, que es la facultad con la que conocemos, y de la voluntad, que es la facultad con la que libremente queremos. Pero el consentimiento no es un acto humano cualquiera. Debiendo ser, en todo caso, un acto humano, inteligente y libre, el consentimiento tiene, además, por objeto fundar un matrimonio. Es decir, debe ser un acto de la razón y de la voluntad específicamente proporcionado al objeto del consentimiento. Esta proporción significa *«que la voluntariedad del acto de consentir no es la de cualquier acto voluntario, sino que debe ser adecuada o idónea para aquel don de sí y aquella aceptación del otro, en cuanto varón de esta mujer y mujer de este varón, en que consiste la mutua entrega y aceptación en orden a constituirse en consorcio de toda la vida ordenado al bien conyugal y a la procreación y educación de la prole»*.

En este sentido, el Papa Juan Pablo II, en su Alocución a la Rota Romana del año 1999,<sup>150</sup> se expresaba así: *«A vosotros, como juristas, no*

<sup>148</sup> Según la praxis jurisprudencial y el tratamiento doctrinal, los supuestos legales de simulación –pese a no coincidir con el tenor literal del canon 1101 que distingue entre el matrimonio mismo y sus elementos o propiedades esenciales- son los siguientes:

1. Exclusión del matrimonio mismo o simulación total.
2. Exclusión de la indisolubilidad (*bonum sacramenti*).
3. Exclusión de la prole (*bonum proles*).
4. Exclusión de la fidelidad (*bonum fidei*).

<sup>149</sup> VILADRICH, Pedro-Juan, *El consentimiento matrimonial*. Pamplona: Eunsa. Instituto de Ciencias para la familia, 1998. pp. 21 y ss.

<sup>150</sup> LIZARRAGA ARTOLA, Alejandro. *Discursos Pontificios a la Rota Romana*. Pamplona: Navarra Gráfica Ediciones, 2001, p. 229.

*se os escape el principio por el que el matrimonio consiste esencial, necesaria y únicamente en el consentimiento mutuo expresado por los novios».*

En definitiva, si el consentimiento prestado no es un consentimiento matrimonial, esto es, dirigido a constituir un consorcio para toda la vida, y existe una discordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada por el contrayente, pues uno o los dos contrayentes se unen excluyendo el matrimonio mismo o alguna de las propiedades (unidad e indisolubilidad) o elementos esenciales del mismo, se está ante un vicio de consentimiento que afecta directamente a la voluntad en relación con la institución matrimonial, que hace nulo el matrimonio. Los elementos esenciales del matrimonio están configurados como sus fines: el bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole (canon 1055.1). Tales fines pertenecen a la esencia del matrimonio y han de darse íntimamente relacionados y coordinados entre sí, sin que sea posible separarlos y sin que quepa exclusión de ninguno. De modo que si, en el pacto conyugal, se excluye alguno de estos fines, el matrimonio también es nulo.

En este punto es interesante el análisis comparativo realizado por la profesora BRIONES MARTINEZ<sup>151</sup> entre la figura de la simulación en el matrimonio civil y en el matrimonio canónico: *«La simulación supone una discrepancia entre lo querido y lo declarado externamente. Si se simula de forma absoluta, no se quiere el negocio que se celebra y, por tanto, no tiene vida jurídica, no ha nacido, de modo que huelga interrogarse sobre la causa. Si se simula relativamente, el negocio cuya celebración se ha simulado no existe y la finalidad de esa celebración ficticia consiste en encubrir otro negocio distinto cuya validez depende de si tiene causa y fin lícitos; en este último supuesto también se da una discrepancia entre lo querido y lo declarado y se encubre una causa distinta (verdadera) a la declarada (falsa)».*

a) Al igual que la doctrina mayoritaria, entiende que en la simulación civil se da una divergencia entre la voluntad y la declaración: la discrepancia que es consciente y acordada desea conseguir un objetivo (que es lo que se quiere y no se declara), a través de un negocio con simple apariencia de realidad (que es lo que se declara y no se quiere). De este modo, en la declaración falsa lo querido por la voluntad no concuerda total o parcialmente con lo declarado. En la simulación canónica también existe una contradicción entre el consentimiento interno de la voluntad y lo

---

<sup>151</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene María. “La simulación en el matrimonio civil y en el canónico: similitudes y diferencias”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 84 (Curso 1993-1994).



externamente manifestado (que no es lo querido); en la simulación total, no existe voluntad matrimonial, y en la parcial, es querido el matrimonio, pero sólo en parte, porque se quiere celebrar el matrimonio de forma diversa a la instituida. Y así, *«Lo importante en la simulación parcial canónica –sigue diciendo BRIONES MARTINEZ- es que existe una sola voluntad con animus contrahendi (no son necesarias dos voluntades) pero con un objeto incompleto porque excluye algo esencial al matrimonio: la causa existe pero desvirtuada, porque el consentimiento se dirige a un contenido conyugal distinto del propiamente canónico y, por ello, podemos hablar de causa falsa»*. No hay que olvidar que el contenido de la institución del matrimonio canónico está determinado por la ley, de forma que los contrayentes solo deciden si celebran o no las nupcias y con quien las celebran, pero no pueden determinar el contenido del matrimonio. Así, asumir el contenido –asunción que está integrada en la voluntad sin necesidad de ser explícita- supone asumir los derechos y obligaciones propios del matrimonio.

b) Por lo que se refiere al acuerdo simulatorio, entiende BRIONES MARTÍNEZ que resulta indispensable para que se dé la simulación civil. Mediante él, las partes establecen, de modo vinculante y decisivo, que la declaración o declaraciones que emiten no son queridas en realidad, siendo necesario que el acuerdo simulatorio sea previo, pues solo así se puede exigir la ineficacia del contrato disimulado. Por ello, ambos contrayentes deben tener la voluntad de no cumplir las obligaciones y no ejercer los derechos derivados del matrimonio. Por su parte, en derecho matrimonial canónico no es necesario el acuerdo simulatorio, *«pues únicamente hubiera sido necesario mantener la necesidad del pacto si en la formación del matrimonio canónico tuviese solo relevancia la voluntad externa o manifestada, y no el consentimiento interno de la voluntad, que no se puede desconocer en el matrimonio in fieri»*.

c) Por lo que atañe a la finalidad, la simulación civil exige que los contratantes persigan una finalidad distinta a la típica del negocio que se está celebrando y precisamente se quiere conseguir a través de éste, es decir, lo que se pretende es un negocio diferente, disimulado. En el matrimonio civil solo cabe la simulación absoluta, pues no existe ningún otro negocio jurídico querido por las partes, no existe un negocio que ofrezca simetría estructural como para permitir que la apariencia matrimonial lo encubra. Los contrayentes, normalmente, sólo desean obtener un determinado efecto jurídico del matrimonio, como, por ejemplo, la adquisición de los permisos de residencia y estancia o de la nacionalidad española por uno de los cónyuges. En la simulación canónica tampoco se encubre otro negocio. Si se trata de simulación total del matrimonio

canónico, no se quiere celebrar este, sin que una o ambas partes quieran otro contrato. Sin embargo, en la simulación parcial sí se quiere contraer, pero excluyendo algo -elemento o propiedad esencial- que es constitutivo del matrimonio canónico, pero tampoco se encubre otro negocio.

d) Y por último, en lo que respecta al fin de engañar, en la simulación civil el engaño a terceros es un requisito imprescindible en la simulación de un negocio jurídico y los terceros que resulten perjudicados por el contrato simulado pueden pedir, en todo momento, la nulidad de lo simulado. Por su parte, en la simulación canónica conocer la causa o el fin de la simulación puede ayudar a determinar la existencia de la simulación y facilitar la prueba, pero no tiene porqué existir estrictamente como finalidad engañar a terceros o al otro cónyuge.

Expuesto el análisis comparativo de BRIONES MARTÍNEZ y antes de terminar esta introducción, me gustaría destacar que la regulación del matrimonio en la legislación civil y en la legislación canónica no utiliza el término «simulación» al referirse al consentimiento matrimonial o a las posibles causas de nulidad del matrimonio. Ambas legislaciones establecen que el matrimonio lo produce el consentimiento matrimonial y, por tanto, cualquier vicio de consentimiento produciría su nulidad. Así, simular el consentimiento matrimonial -como ocurre en los matrimonios de conveniencia- supone un vicio de consentimiento y, por tanto, la nulidad del matrimonio.

## **B. LOS FINES QUE PERSIGUEN LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA**

La exigencia legal de un consentimiento matrimonial -no, pues, de un consentimiento cualquiera- es imprescindible para que el matrimonio sea válido y así se recoge en la Instrucción sobre matrimonios de complacencia de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que establece que el consentimiento matrimonial debe ser «*un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, esto es, el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un “consortium omnis vitae” (Modestino, D. 23, 2,1)*».

Mediante esta Instrucción, la Dirección General de los Registros y del Notariado quiere reflejar su preocupación por la extensión de los matrimonios de complacencia en España que persiguen obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería, y que concreta en los siguientes:

- Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española.
- Lograr un permiso de residencia en España, y
- Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados.

Y es que la adquisición de la residencia legal y de la nacionalidad española por matrimonio supondría al contrayente extranjero el reconocimiento y disfrute de una serie de derechos y obligaciones, sin agotar los plazos generales señalados en la ley.

#### 1. ADQUIRIR DE MODO ACELERADO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

El artículo 22.2 d) del Código Civil establece que para la concesión de la nacionalidad por residencia bastará el tiempo de residencia de un año para la persona que al tiempo de la solicitud:

- llevar un año casado con español o española, y
- no estuviere separado legalmente o de hecho.

Como establece este artículo, la residencia ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición y el interesado deberá justificar, en el expediente para su concesión regulado por la legislación del Registro civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española. La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, entre otras muchas, en la sentencia de 19 de diciembre de 2011, que *«la concesión de la nacionalidad por residencia es un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones, otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, y que, conforme al*

*artículo 21 del Código civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional».*

La concesión de nacionalidad por residencia se hará, previo expediente, por el Ministerio de Justicia. Los expedientes serán tramitados por el encargado del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los promotores. Si estos estuvieran domiciliados en país extranjero, se instruirán por el Cónsul del domicilio de cualquiera de ellos o, en su defecto, por el encargado del Registro Central (artículos 63.1 de la Ley del Registro Civil y 365.1 del Reglamento del Registro Civil).

El interesado deberá presentar la certificación literal de matrimonio expedida por el Registro Civil español correspondiente, el certificado de convivencia o, en su defecto, de empadronamiento conjunto y el certificado literal de nacimiento del cónyuge español (a esta documentación se añadirá el certificado de defunción si el solicitante fuera viudo de una persona de nacionalidad española). Las autoridades competentes para la tramitación y resolución de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad por residencia recabarán de oficio de las Administraciones públicas competentes cuantos informes sean necesarios para comprobar si los solicitantes reúnen los requisitos exigidos en el artículo 22 del Código Civil, sin que sea preciso su consentimiento. Además, los solicitantes deberán justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española, requisitos que han quedado perfilados -como se verá más adelante- por los Tribunales. Es necesaria en este procedimiento la audiencia personal del solicitante a fin de comprobar su adaptación a la cultura y al estilo de vida en España, y de su cónyuge, a efectos de conocer las circunstancias en que se produce el cambio de nacionalidad, y poder detectar si el matrimonio se celebró sólo para obtener la nacionalidad española (artículo 221 in fine del Reglamento del Registro Civil). De aquí que resulte de enorme importancia el contenido de los informes relativos al grado de integración del solicitante en la sociedad española, por lo que se encarece a los encargados de los Registros Civiles la adecuada celebración de la entrevista personal y la elaboración de un informe completo que luego permita a la Dirección General de los Registros y del Notariado, como órgano resolutorio, formarse un juicio de valor coherente y ponderar adecuadamente el cumplimiento del requisito de la integración en la sociedad española.

### 1.1 Duración de la residencia

Para la adquisición de la nacionalidad española por residencia<sup>152</sup>, el cónyuge extranjero de ciudadano español tiene una posición privilegiada: basta con que resida **un año** en España y que dicha residencia sea legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

Digo que es una posición privilegiada a la vista de los plazos que establece el artículo 22, apartado 1, del Código Civil: «*Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado **diez años**. Serán suficientes **cinco años** para los que hayan obtenido asilo o refugio, y **dos años** cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes*». En el apartado 2 del mismo artículo se dispone que bastará el tiempo de residencia de **un año** para «d) *El que al tiempo de la solicitud llevara un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho*».

Se fijan, pues, plazos de residencia diferentes para solicitar la nacionalidad española según las circunstancias personales o el país de origen del extranjero, y en todos los casos la residencia ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición (artículo 22.3 del Código Civil), de manera que si el cónyuge extranjero se encuentra de forma irregular en España (sin permiso de residencia) no podrá acogerse al plazo abreviado de un año hasta que cumpla el año de permanencia legal en territorio español, continuado e inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud.

Este plazo abreviado de un año, que introdujo la Ley 51/1982, de 13 de julio en el citado artículo 22.2 del Código Civil, fue muy criticado en su día al considerar que podría favorecerse el fraude a través de la celebración de matrimonios de conveniencia, a pesar de que el artículo 25.2 del mismo texto legal dispone que la sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivan de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal, de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

## 1.2. Convivencia de los cónyuges

---

<sup>152</sup> La nacionalidad española se adquiere por residencia en España, mediante concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos de orden público o interés nacional. Además, se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales (artículo 21 del Código Civil).

En cuanto a la exigencia legal de estar casado con español o española y no estar separado legalmente o de hecho que establece el artículo 22.2 d) del Código Civil, hay que recordar que la legislación civil española establece la obligación de los cónyuges de vivir juntos (artículo 68 del mismo Código), sin perjuicio de que por mutuo acuerdo se determinen periodos de separación temporal entre los cónyuges.

En este sentido, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 1991 relativa a la nacionalidad española por residencia insiste en que se trate de un vínculo real: «*El matrimonio con español o española, para que pueda dar lugar a un tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, debe corresponderse, al tiempo que la ley se refiere, con una situación normal de convivencia entre los cónyuges*»<sup>153</sup>. Pese a la presunción a favor de que el marido y la mujer viven juntos (artículo 60 del Código Civil), esta Instrucción, a fin de luchar contra los matrimonios de conveniencia, impone al extranjero casado con nacional español la carga de acreditar la convivencia. Y para justificarla no bastará con acreditar el matrimonio e invocar la mencionada presunción del artículo 60 del Código Civil. A este efecto cobra especial importancia el trámite antes mencionado previsto en el último párrafo del artículo 221 del Reglamento del Registro Civil, cuando señala que el encargado «*procurará oír también al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren*». (A mi juicio, la existencia de una presunción a favor de la convivencia impone que sea la Administración quien deba probar la no convivencia).

En relación con lo dicho, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006 precisa que «*no cabe olvidar que el concepto jurídico «convivencia», «viven juntos» dice el artículo 69 del Código Civil al establecer la presunción legal de convivencia referida al matrimonio, no es en modo alguno equiparable al de residencia común, de tal modo que puede existir convivencia matrimonial aun cuando circunstancialmente el lugar de residencia de ambos cónyuges no sea el mismo y puede no existir convivencia pese a esa residencia común. Así mismo el concepto jurídico «separación de hecho» implica el cese efectivo de la convivencia sin que tampoco sea equiparable al de no «residencia» común*».<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Punto V, último párrafo, de la Instrucción.

<sup>154</sup> En esta sentencia se concede al recurrente la nacionalidad española, pues se declara que no ha quedado probada ni la separación legal o de hecho del recurrente (conceptos ambos con un contenido distinto al de residencia), ni la no convivencia del recurrente y su esposa; que se ha cumplido con el plazo del año a que se refiere la fecha de la solicitud de nacionalidad; y que no se ha acreditado que se trate de un matrimonio de conveniencia.

En el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2013, se confirmó la denegación de la nacionalidad española al no quedar acreditada la convivencia del matrimonio en el año inmediatamente anterior a la solicitud. El solicitante de nacionalidad fue un marroquí que obtuvo un permiso de residencia legal el 23 de noviembre de 2005, tras su matrimonio con una española el 13 de mayo de 2005. El 17 de diciembre de 2007 presentó su solicitud en el Registro Civil de Melilla, acogiéndose al plazo privilegiado de un año. De los informes policiales se concluye que los cónyuges convivieron únicamente unos quince días tras el matrimonio y después el marido se marchó a Marruecos donde vivía con su anterior esposa, de la que se había divorciado. Por su parte, la esposa convive con otra persona. Como consecuencia de ello, se acordó remitir testimonio al Fiscal para que pudiera ejercer la acción de nulidad matrimonial.

### 1.3 Buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española

Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere, además, que el interesado justifique *«en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española»* (artículo 22.4 del Código Civil). Estos requisitos se configuran como conceptos jurídicos indeterminados y, como tales, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias de cada caso, cuya valoración lleva a una sola solución justa por parte de la Administración, controlable por los Tribunales, ya que el reconocimiento de la nacionalidad española no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos.

a) Por lo que respecta a la *«buena conducta cívica»*, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de diciembre de 2004, tiene declarado, recogiendo lo dicho por la misma Sala en su sentencia de 30 de noviembre de 2000, que *«El concepto jurídico indeterminado "buena conducta cívica" debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el órgano jurisdiccional que conozca de la materia en vía de recurso contencioso, como un requisito exigible para la concesión de la nacionalidad española que debe ser apreciado mediante el examen de la trayectoria personal del demandante de la nacionalidad, considerando aquélla en su conjunto y en modo alguno en relación a un período de tiempo predeterminado»*.

Se exige, pues, *«que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España, y aun antes, ha sido*

*conforme a las normas de convivencia cívica, no solo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica».*

*Y todo ello porque, «al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos, es exigible al solicitante de aquella, a consecuencia del "plus" que contiene el acto de su otorgamiento, enmarcable dentro de los "actos favorables al administrado", un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera poner en cuestión el concepto de buena conducta que el precepto salvaguarda, como exigencia determinante de la concesión de la nacionalidad española, pues el otorgamiento de ésta en modo alguno puede ser considerado como un derecho del particular, sino como el otorgamiento de una condición, la de nacional, que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado ... y que conlleva el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones que en todo caso puede ser denegado por razones de orden público o interés nacional».*

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 5 de julio de 2006 dispone que, en el supuesto de concesión de nacionalidad por residencia, es necesario justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro civil la buena conducta cívica, sin que pueda identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales.

Esta sentencia confirma la denegación de la nacionalidad española por residencia de la recurrente *«dado que mal puede conciliarse una buena conducta cívica con el hecho de que participara como contrayente en la celebración del matrimonio que tenía, precisamente, por único objeto el conseguir la nacionalidad»*; finalidad ésta que al estar declarada, al igual que la ausencia de convivencia conyugal, como hechos probados en sentencia penal, justifica la denegación porque la solicitante *«ha intentado vulnerar la legislación española contrayendo un matrimonio de conveniencia, precisamente con el objetivo de conseguir la nacionalidad»*.

Por su parte, y en relación con la existencia de antecedentes penales en el solicitante, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001 establece que *«los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí*



*solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española».* (Tampoco la no existencia de los mismos -como hemos visto en las dos sentencias anteriores- es un elemento suficiente para entender justificada la buena conducta).

En definitiva, el concepto de buena conducta remite a un patrón medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo. Un patrón que vale para todos y vale para cada uno valorando el conjunto de la vida desplegada por el solicitante en nuestro país, especialmente en los años anteriores de la solicitud, para alcanzar un convencimiento sobre su trayectoria personal (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2002 y de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2006).

Por ejemplo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de mayo de 2011, constató que la solicitante, desde su permanencia legal en España (desde 1998) no ha desarrollado ninguna clase de conductas que pudieran merecer algún desvalor ni consta ninguna infracción relevante de las normas jurídicas, que tiene una prolongada inserción en el mercado de trabajo, contando con un contrato de trabajo indefinido, que ha obtenido la homologación de su título de Bachiller y ha realizado cursos formativos de grado medio obteniendo un Diploma de Auxiliar de Enfermería Geriátrica, y que cumple sus obligaciones tributarias, concluyendo, a tenor de todos los datos puestos a su disposición, que había quedado suficientemente justificada la concurrencia del requisito exigido por el artículo 22.4 del Código Civil de *«buena conducta cívica»*.

b) Y por lo que se refiere al *«suficiente grado de integración en la sociedad española»*, se exige la adaptación a la cultura y al estilo de vida en España. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de diciembre de 2003, que resolvió un recurso contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 2002, que denegaba la nacionalidad española a la solicitante porque *«habla castellano deficientemente y entiende con dificultad las preguntas realizadas»*. En este caso, la recurrente, de nacionalidad marroquí, alegó que el conocimiento de las instituciones españolas y del idioma no está en el espíritu de la ley para acreditar un suficiente grado de integración en la sociedad española bastando un conocimiento justo o necesario para poder relacionarse en el tráfico diario con terceras personas, y que tanto su marido como sus tres hijos son españoles y residentes en Melilla. Para la Audiencia Nacional *«la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del*

*idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente».* Si bien es cierto que la recurrente no sabe leer ni escribir el castellano debido a su bajo nivel cultural, *«esta imposibilidad se da también en cuanto a la expresión y comprensión oral»*, pues tal y como aprecia el encargado del Registro *«habla castellano deficientemente y entiende con dificultad las preguntas realizadas»*. La Audiencia considera que *«el idioma constituye el fundamental medio de comunicación en integración social y a pesar de existir datos indicativos de un cierto grado de integración, entre otros la convivencia con un ciudadano español, lo cierto es que pese al largo período de residencia en España, tal integración no se ha consolidado lo suficiente como para entender cumplido el presupuesto exigido legalmente»*, por lo que se confirma la resolución impugnada de denegación de la nacionalidad española a la recurrente.

En otra sentencia, la de 13 de septiembre de 2006, la Audiencia Nacional concreta la exigencia del conocimiento de la lengua en el mismo sentido: *«aunque la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento de un idioma, el uso de la lengua propia de una comunidad es un elemento relevante para valorar el grado de integración en la misma, por cuanto la lengua es el principal instrumento de comunicación entre los individuos de cualquier sociedad. Por esta razón, venimos exigiendo para el reconocimiento de la integración en la sociedad española que los peticionarios de nacionalidad conozcan nuestra lengua, al menos, a un nivel que les permita entenderla y hablarla»*.

Y por estas mismas razones, en una sentencia de 18 de junio de 2008, el Tribunal Supremo confirmó la denegación de la nacionalidad española a la solicitante pese a que llevaba más de un año residiendo legalmente en España y estaba casada con un ciudadano español. El matrimonio no se cuestionó en ninguna de las instancias pero sí quedó acreditado el desconocimiento de la actora de la lengua española y su imposibilidad de comunicacional social (según resulta de la comparecencia ante el encargado del Registro Civil, *«no puede mantener conversación alguna, puesto que no entiende en absoluto el español, salvo el hola y el adiós»*).

Pero el conocimiento de nuestro idioma no es el único requisito que se exige para el reconocimiento de la integración en la sociedad española a los peticionarios de nacionalidad (hay que pensar que es posible hablar

correctamente nuestro idioma y no estar integrado en nuestra sociedad). La integración social a efectos de la adquisición de la nacionalidad exige también la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen reflejo constitucional, la implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, y el arraigo familiar. Y todo lo cual ha de justificarse por el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente (sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2006 y 20 de septiembre de 2013). Así, no se concederá la nacionalidad española, cuando, como ocurre en el caso resuelto en esta última sentencia, se comprueba que el peticionario no está adaptado al estilo y la cultura española. Pese a que *«reside y trabaja en España y vive con su familia desde hace años, contando con vivienda en propiedad, cumpliendo con sus deberes cívicos y manteniendo una conducta acorde con el estándar medio de un ciudadano español»*, en la audiencia ante el Juez Encargado del Registro Civil se puso de manifiesto que desconocía nuestras instituciones y tradiciones básicas, pues no pudo contestar o contestó erróneamente a preguntas como cuáles son las provincias de Cataluña (el solicitante residía en esta Comunidad), el nombre de la Reina, el nombre del actual Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña, los colores del bandera española, etc.

En definitiva, de los elementos expuestos el más relevante para evaluar la integración de la sociedad española de los solicitantes de nacionalidad es el conocimiento de nuestro idioma -es un obligación para todos los españoles, de conformidad con el artículo 3.1 de nuestra Constitución-, ya que constituye un medio fundamental de comunicación e integración social, revelador de la adaptación a nuestra sociedad. Y junto a él también es necesario el conocimiento de aspectos de la sociedad española que demuestre que se encuentra integrado en ella.

Por todo ello, puede concluirse que los solicitantes de nacionalidad española por razón de su matrimonio con residencia de un año son sometidos a control en el momento de celebrar o inscribir el matrimonio en el Registro Civil, y también en el momento de tramitar el expediente de nacionalidad. Control este último que solo resulta útil si existiese un matrimonio de conveniencia que no hubiera sido detectado al contraerlo o al inscribirlo.

## 2. LOGRAR UN PERMISO DE RESIDENCIA EN ESPAÑA

El extranjero que ostente la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo y que sea cónyuge de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, siempre que los cónyuges no estén separados de derecho. Del mismo derecho goza la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público, siempre que no se haya cancelado la inscripción (artículos 17.1 y 4 de la Ley de extranjería y 2 del Real Decreto 240/2007).

Y la residencia legal supone, como ya he dicho, el reconocimiento de los derechos y libertades reconocidos en la ley de extranjería como el derecho a la libertad de circulación, los derechos en materia de participación pública, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, la libertad de sindicación y huelga, el derecho a la asistencia sanitaria, los derechos en materia de vivienda y el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales. También supone el establecimiento de obligaciones, de forma que, por ejemplo, los extranjeros, con carácter general, están sujetos a los mismos impuestos que los españoles (artículos 3 a 15 de la Ley).

### 3. LOGRAR LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

En el análisis ya realizado del derecho a la reagrupación familiar hemos visto que el cónyuge<sup>155</sup> extranjero del residente puede ser reagrupado, pues según establecen los artículos 17.1 de la Ley de extranjería y 39.1 de su Reglamento, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a su cónyuge *«siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley»*.

Facilitando la reagrupación familiar de determinados familiares se pretende hacer efectivo el derecho contenido en el artículo 16.1 de la Ley de extranjería, que dispone: *«Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta ley y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España»*.

Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia

---

<sup>155</sup> Aunque no voy a referirme a ella porque el tema de este capítulo hace referencia al matrimonio, quiero hacer constar que la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos, siempre que la relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

inicial (o la obtención de la residencia de larga duración en el caso de los ascendientes en primer grado que estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España) y deberán acreditar que disponen de una vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada.

Del reconocimiento de este derecho se derivan, entre otros, los siguientes beneficios:

- La concesión al cónyuge y a los hijos del reagrupante, cuando alcancen la mayoría de edad, de una autorización de residencia independiente cuando dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades (artículo 19 de la Ley de Extranjería, redactado por la L.O. 2/2009).
- En el caso de que la cónyuge reagrupada sea víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior, esto es, que disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, existiera un informe del Ministerio Fiscal que indicara la existencia de indicios de violencia de género, ocupándose de las víctimas los servicios asistenciales competentes de las Comunidades Autónomas.
- Los extranjeros que hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenida independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la Ley de extranjería.
- El derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español (artículo 3 del R.D. 240/2007, de 16 de febrero).
- La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando

alcancen la edad laboral, habilita para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo, en el sentido recogido en el artículo 40 de la Ley de extranjería, modificado por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, que dispone: *«no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a los familiares reagrupados en edad laboral»*.

- La sanción de expulsión no se podrá imponer al cónyuge del extranjero que se encuentre en determinadas situaciones<sup>156</sup> y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo (artículo 57.5 de la Ley de extranjería).
- También se prevé que en el caso de muerte del reagrupante, los familiares reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente en las condiciones que se determinen.

Estos beneficios descritos no se obtendrían si se demostrara que el matrimonio se ha celebrado en fraude de ley, esto es, con la única finalidad de su obtención, ya que la ley configura como requisito para poder reagrupar al cónyuge que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Así, en el caso analizado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 20 de mayo de 2011), se confirma la denegación de residencia por reagrupación familiar al marido de la recurrente por entender, como dice la resolución del Cónsul General de España en Santo Domingo -que es la resolución que se confirma- que se trata de un *«matrimonio simulado o de conveniencia por motivos migratorios o económicos»*. En este caso los cónyuges son nacionales de la República Dominicana, residiendo solo la esposa en España. En la entrevista mantenida con el esposo, durante la

---

<sup>156</sup> La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción sea participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

tramitación del expediente, se aprecian contradicciones y falta de conocimiento de datos importantes de la vida de la esposa, como por ejemplo, el lugar en el que vive el hijo de catorce años de ella y, en la documentación aportada, no se acredita que con anterioridad al matrimonio tuvieran una relación intensa, continuada y fluida, pues toda la que se adjunta pretende probar ese tipo de relación desde la boda hasta que se inician los tramites de solicitud del visado (tres meses únicamente), lo que *«hace presumir racionalmente que se estaba fabricando dicha documentación para tal fin de obtención de dicho visado»*.

### **C. LA REACCION LEGAL CONTRA LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA**

Para algunos<sup>157</sup>, la prevención de la inmigración ilegal y del fraude a las normas de nacionalidad puede realizarse desde su origen no facilitando la obtención del permiso de residencia o la nacionalidad española a los extranjeros que contraigan nupcias con españoles.

Desde luego es una solución radical que evitaría definitivamente los matrimonios de conveniencia a que se refiere este trabajo. Sin embargo, las legislaciones nacionales e internacionales no la contemplan, y desde distintos ámbitos afrontan su preocupación por evitar los matrimonios contraídos en fraude de ley intentado conciliar, por un lado, el *ius connubii* como derecho fundamental de toda persona y, por otro, la necesidad de evitar estos falsos matrimonios que vulneran la legislación, fomentan la inmigración ilegal y alteran el sentido de la institución matrimonial.

Los diferentes ámbitos que voy a analizar en este trabajo son: el comunitario y el nacional de extranjería; el referente al Registro Civil; el relativo a la acción civil de nulidad y las sanciones administrativas; y, por último, el ámbito penal.

#### **1. RÉGIMEN COMUNITARIO**

En el análisis del régimen comunitario sobre la normativa relativa a los matrimonios fraudulentos hay que distinguir la que se refiere a medidas adoptadas con anterioridad a la celebración del matrimonio, y la que recoge medidas adoptadas con posterioridad al matrimonio.

---

<sup>157</sup> GARCIA RODRÍGUEZ, Isabel. “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”. *Editorial La Ley. Actualidad Civil, Sección Doctrina*, Tomo 2. Ref. XXVII, 1999. p. 447.

## 1.1 Medidas adoptadas antes de la celebración del matrimonio

El Consejo de la Unión Europea formuló, el 22 de diciembre de 1995, una Recomendación sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin<sup>158</sup>. En ella se reconoce que los Estados miembros sometidos a una fuerte presión migratoria ilegal ya han adoptado medidas concretas para garantizar un mejor control de flujos de población y para evitar que extranjeros que hayan entrado o residan de manera irregular en su territorio permanezcan en él indebidamente. Para que esas acciones sean eficaces recomienda aplicar medidas concertadas y coherentes, como, por ejemplo, que *«debería llamarse la atención de las autoridades competentes para celebrar matrimonios sobre los riesgos de matrimonios fraudulentos»*.

La razón es simple: los matrimonios fraudulentos constituyen un medio para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países, por lo que los Estados miembros deben adoptar medidas para luchar contra este fenómeno. Esto no quiere decir que se introduzcan controles sistemáticos para todos los matrimonios con nacionales de terceros países, sino que se efectuarán controles cuando existan presunciones fundadas.

Así, el mismo Consejo de la Unión Europea adoptó posteriormente la Resolución de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>159</sup>.

Esta resolución define el «matrimonio fraudulento» como *«el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro»*.

En esta resolución se detallan algunos factores que permiten presumir que se pretende un matrimonio fraudulento, como por ejemplo:

- El no mantenimiento de vida en común.

---

<sup>158</sup> Diario Oficial núm. C 005 de 10 de enero de 1996.

<sup>159</sup> Diario Oficial núm. C 382 de 16 de diciembre de 1997.



- La ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio.
- El hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio.
- El hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos.
- El hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos.
- El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea una práctica normal).
- El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

Estos factores pueden desprenderse de declaraciones de los interesados o de terceras personas, de informaciones que procedan de documentos escritos o de datos obtenidos durante una investigación.

Si, por la concurrencia de alguno de ellos, es razonable pensar que se pretende un matrimonio fraudulento, este no se autorizará y, en caso de que se haya autorizado, los Estados miembros solo expedirán un permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del tercer país si comprueban que, según el derecho nacional, el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia (en este punto la Resolución hace referencia, para la comprobación de un verdadero consentimiento, a la entrevista por separado con cada uno de los cónyuges, medida que, como más adelante veremos, también regula nuestra legislación).

Y si de la comprobación resulta que el matrimonio es fraudulento se retirará, revocará o no se renovará el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero. Cualquiera de estas decisiones debe ser susceptible de oposición o

revisión, con arreglo al derecho nacional, bien ante la correspondiente autoridad administrativa, bien ante un Tribunal.

Finalmente, la Resolución insta a los Estados miembros a adaptar sus legislaciones nacionales al contenido de la misma para luchar contra los matrimonios fraudulentos.

Por otra parte, quiero mencionar que la Comisión Internacional del Estado Civil<sup>160</sup> viene desde hace tiempo dedicando una especial atención al fenómeno creciente del fraude en materia de estado civil, de ahí la Recomendación núm. 9, de 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil. La Comisión entendía que las autoridades de los Estados miembros se enfrentan a un número creciente de documentos extranjeros en los que se da fe de hechos relativos al estado civil que no se corresponden con la realidad, debido a la gestión defectuosa de los Registros o a maniobras fraudulentas que tienden a obtener ventajas indebidas, tales como el acceso al territorio, la adquisición o el reconocimiento de la nacionalidad o diversos derechos sociales. Por ello, la Recomendación pretende llamar la atención de los Estados miembros sobre los indicios que permiten identificar un documento de estado civil fraudulento, erróneo o defectuoso y también fomentar la colaboración entre los Estados para esa identificación, pero no contempla -según ella misma dispone- *«otros tipos de fraude cuya frecuencia también va en aumento como el reconocimiento de hijos o adopciones falsos o los matrimonios de conveniencia»*.

Aun así, la Comisión Internacional del Estado Civil acordó, en la Asamblea General de Edimburgo de septiembre de 2004, la constitución de un grupo de trabajo específico para intercambiar las experiencias de los distintos países miembros, cuyo fruto ha sido un texto (marzo de 2010) que recoge un estudio comparativo de los matrimonios de conveniencia en los Estados miembros de la CIEC: los beneficios derivados del matrimonio y

---

<sup>160</sup>Organización intergubernamental formada en la actualidad por 16 Estados miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, España, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suiza y Turquía), con arreglo a sus instrumentos constitutivos y su Reglamento, que se encarga de cuestiones relativas a la condición de las personas, a la familia y a la nacionalidad y realiza estudios y trabajos con vistas a lograr una armonización de las disposiciones vigentes en la materia en los Estados miembros; facilita el intercambio de textos legales y documentación relativa al estado civil; establece medios jurídicos y técnicos para mejorar el funcionamiento de los servicios encargados del estado civil en los Estados miembros; y coopera con otros organismos internacionales que también se ocupan del Derecho de las personas y de la familia. En: Red Judicial Europea. Información General. [http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_int\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_int_es.htm). y en la Introducción de la Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil. B.O.E. de 24 de abril de 2006.

fraudes correlativos, las medidas de control preventivo y las sanciones a posteriori (civil, penal y administrativa).

En este contexto, surgen iniciativas tendentes al endurecimiento de las legislaciones en todos los países miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil, preocupados por el aumento de fraudes para la obtención indebida de la nacionalidad o la residencia legal utilizando la falsificación documental o simulación de matrimonios o reconocimientos falsos de filiación. Por ejemplo, en Francia, la Circular del Ministerio de Justicia relativa a la lucha contra los matrimonios simulados, de 2 de mayo de 2005, introduce el trámite de audiencia previa para intentar evitar matrimonios de complacencia. En Holanda se establece un nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros. En Suiza se otorgan mayores atribuciones a los encargados de los Registros Civiles para denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos. Y en el Reino Unido se procura una mayor especialización de los encargados del Registro con el mismo objeto<sup>161</sup>.

### 1.2 Medidas adoptadas después de la celebración del matrimonio

Entre estas medidas destacan las que hacen referencia al control de la reagrupación familiar debido a la extraordinaria importancia que ha adquirido esta figura en las distintas legislaciones de extranjería.

Como ya se ha dicho, la reagrupación familiar supone una nueva fórmula de inmigración, e incluso se ha convertido en el mecanismo de entrada de nuevos inmigrantes en la mayoría de los países europeos. Por el hecho de formar parte de la familia de un extranjero con permiso de residencia y cumplir algunos requisitos, se permite su acceso al territorio del Estado de acogida. Entre estos familiares, el cónyuge tiene un papel principal. Por ello, la celebración de matrimonio entre nacionales y extranjeros y entre extranjeros cuya situación se encuentre regularizada en España y otros extranjeros (de su misma o distinta nacionalidad) cobra mucha importancia.

Es además el medio más idóneo de integración en la sociedad de acogida, pues el reagrupante llevará una vida social más intensa y se podrá insertar en todos los sectores, como, por ejemplo, la escolaridad de los hijos. La regulación de la reagrupación familiar atiende a criterios de integración y permite a los Estados de acogida realizar un control sobre los familiares reagrupables ya que, en expresión de VARGAS GÓMEZ-

---

<sup>161</sup>Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia. Dirección General de Registros y Notariado. Punto 1. B.O.E. de 17 de febrero de 2006.

URRUTIA<sup>162</sup>, es más fácil que se integre un niño pequeño que un joven o un adulto.

Así se recoge en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, que establece, en su Considerando cuarto, que la reagrupación favorece la vida en familia y, por consiguiente, es un elemento básico en aras a la integración real y efectiva de la persona en su nueva sociedad además de promover la cohesión económica y social. Pero, en su artículo 16.2.b) limita este derecho en cuanto dispone que los Estados miembros podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia si se demuestra que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro.

De ahí que los Estados miembros, en sus respectivas legislaciones, hayan dispuesto la realización de inspecciones y controles específicos cuando existen sospechas fundadas de fraude o de matrimonio, relación de pareja o adopción de conveniencia, y también controles específicos con ocasión de la renovación del permiso de residencia de miembros de la familia.

Por su parte, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, concede –como ya he adelantado– a cualquier nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que acompaña o se reúne con este en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que tiene la nacionalidad, derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida, independientemente de que ese nacional de un Estado tercero ya haya residido legalmente o no en otro Estado miembro. Esta Directiva establece que en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia, los Estados miembros pueden adoptar las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por ella, siempre que estas medidas sean proporcionadas y estén sujetas a garantías procesales.

Antes de terminar este apartado, me gustaría mencionar que existe un gran Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, aprobado por el Consejo

---

<sup>162</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*. Pamplona: Aranzadi, 2006. pp. 54 y s.

Europeo el 16 de octubre de 2008, que expresa al más alto nivel el compromiso político de la Unión Europea y de sus Estados miembros para con sus ciudadanos y los terceros Estados de cara a una verdadera política común en materia de migraciones. En él se recogen cinco compromisos importantes, que se llevarán a cabo mediante medidas nacionales y europeas:

1. Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro y favorecer la integración.
2. Luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito.
3. Reforzar la eficacia de los controles fronterizos.
4. Construir la Europa del asilo.
5. Establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre las migraciones y el desarrollo.

Pero por lo que respecta a la inmigración familiar, el Pacto únicamente dice que debe estar mejor organizada y que debe llevarse a cabo en el respeto del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en función de la capacidad de acogida de los Estados miembros y de la capacidad de integración de las familias.

## 2. RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA

### 2.1 Derecho a la reagrupación familiar

Por lo que respecta a España, la posibilidad de denegar una solicitud de entrada y de residencia ordenada a la reagrupación familiar si se demuestra que el matrimonio es fraudulento a que hace referencia la Directiva 2003/86 del Consejo antes citada, se recoge en la Ley de extranjería<sup>163</sup>, cuyo artículo 17, apartado 1<sup>164</sup>, dispone que el extranjero

---

<sup>163</sup> Así se recoge también en el artículo 39.1 del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

<sup>164</sup> Modificado por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre.

residente tiene derecho a reagrupar con él en España, entre otros familiares, a su cónyuge «*siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley*».

Puntualiza además que en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita el matrimonio poligámico<sup>165</sup>. Y en el caso del extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias solo por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores o mayores en situación de dependencia.

En definitiva, nuestra legislación permite al extranjero residente reagrupar con él a su cónyuge y a otros familiares cuando hayan obtenido la renovación de su autorización inicial, exigiéndose:

- a) que el reagrupante no se encuentre separado de hecho o de derecho y,
- b) que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.

---

<sup>165</sup> La razón de esta limitación es clara: hay determinadas instituciones jurídicas extranjeras, como la poligamia o el repudio unilateral (*talaq*) que no tienen cabida en nuestro orden jurídico por vulnerar el principio fundamental de igualdad y no discriminación entre el hombre y la mujer. Así, nuestra legislación actual (los artículos 73.2 y 46.2 del Código Civil, junto a las normas de Derecho registral y Derecho penal) configura el matrimonio celebrado en España o ante autoridad española (civil o religiosa) como un matrimonio monógamo, no siendo posible celebrar un matrimonio polígamo ni potencialmente polígamo (primera esposa con perspectivas de contraer con una segunda esposa) entre españoles, españoles y extranjeros y extranjeros entre sí, pues el consentimiento se presta para un matrimonio no permitido por nuestro ordenamiento jurídico.

En principio, no afecta a nuestro ordenamiento que dos extranjeros contraigan un matrimonio polígamo o potencialmente polígamo en el Consulado de su país debidamente acreditado en España (o en un tercer Estado) si así lo permiten sus respectivas leyes personales o la *lex loci* (artículo 50 del Código Civil), independientemente de los posibles efectos que dicho matrimonio tendrá en nuestro ordenamiento. Si es potencialmente polígamo, hay que valorar si existe un vicio de consentimiento de cara a la inscripción registral. Si es polígamo (con un segundo o tercer matrimonio) solo el primer matrimonio podría ser reconocido.

No existe ningún impedimento para reconocer y dar efectos a través de la inscripción registral al matrimonio monógamo potencialmente polígamo que hubiera sido celebrado, en virtud de la *lex loci*, en el extranjero entre españoles, españoles y extranjeros y entre extranjeros, salvo que se apreciase que el consentimiento está viciado por dirigirse a un tipo de matrimonio no permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por el contrario, no es posible reconocer y dar efectos a través de la inscripción registral al matrimonio polígamo celebrado, en virtud de la *lex loci*, en el extranjero entre españoles, españoles y extranjeros y entre extranjeros por ser contrario al orden público.

## 2.2 Derecho de residencia

El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo<sup>166</sup>, regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, AEEE), así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Esta norma se aplicará, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el AEEE, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

- el cónyuge, si no hay declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio.
- la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que no se haya cancelado la inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado.
- los descendientes directos y los de su cónyuge o pareja registrada, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.
- los ascendientes directos y los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

---

<sup>166</sup>

La sentencia de 1 de junio de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones pro Inmigrantes en Andalucía “Andalucía ACOGE” y por la Asociación por Derechos de Andalucía interpuesto contra dicho Real Decreto, anula varias expresiones de sus artículos 2, 3, 4, 9 y 18 y su disposición final tercera.

Así las cosas y en lo que se refiere a la institución del matrimonio, el cónyuge de cualquier nacionalidad de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Espacio Económico Europeo gozará de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia y trabajo, en los términos regulados en el Real Decreto 240/07, modificado por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre. De esta forma, cuando se reúnan o acompañen a su cónyuge -sin necesidad de visado<sup>167</sup>- no son sometidos a ningún control sobre la validez o no de su matrimonio, sin perjuicio de que más adelante se pruebe que el matrimonio se celebró en fraude de ley para disfrutar de los derechos mencionados y, en consecuencia, se declare la nulidad del matrimonio así como la pérdida de beneficios legales obtenidos por su condición de cónyuge.

Este régimen legal no se aplica a los ciudadanos de terceros países (que no se encuentren en la situación conyugal descrita), pues para la entrada en España necesitan, además de pasaporte válido y en vigor, el correspondiente visado de entrada<sup>168</sup>. En estos casos, la lucha contra los matrimonios de conveniencia desde el procedimiento de la reagrupación familiar se concreta en la sustanciación del trámite del visado,<sup>169</sup> pues permite la realización de una entrevista personal con el solicitante para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada. Si los representantes de la Administración llegan al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada.

Cuando el matrimonio de conveniencia persiga obtener la residencia en España, y una vez conseguida, poner fin a ese matrimonio, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 9.4 del citado Real Decreto 240/2007.

---

<sup>167</sup> Cuando pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses están obligados a solicitar un certificado de registro (Registro Central de Extranjeros), si se trata de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, si se trata de miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados. Si la permanencia en España es por tiempo inferior a tres meses, es suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor.

<sup>168</sup> El Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

<sup>169</sup> El extranjero que desee ejercer el derecho de reagrupación familiar solicita una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, a la que acompaña los documentos exigidos en el artículo 54 del Reglamento de extranjería. Si el extranjero cumple con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación. En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado debe solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida.



En él se establece que en el caso de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con un nacional de un Estado que no lo sea, éste tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes.

Para conservar el derecho de residencia, si no lo tuviese ya independiente<sup>170</sup>, deberá acreditarse uno de los siguientes supuestos:

- Que el matrimonio o la relación de pareja registrada haya tenido una duración de al menos tres años antes de iniciarse el procedimiento judicial de nulidad, divorcio o la cancelación de la inscripción como pareja, de los cuales debe acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España.
- Que se haya otorgado por mutuo acuerdo o decisión judicial la custodia de los hijos del ciudadano comunitario al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano comunitario ni de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Que hayan existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada.<sup>171</sup>
- Que haya sido dictada una resolución judicial o haya mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita al hijo menor del ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Transcurridos seis meses desde que se produzca cualquiera de estos supuestos, salvo que haya adquirido el derecho a residir de larga duración, el ex cónyuge o ex pareja que no sea ciudadano comunitario o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo deberá solicitar una autorización de residencia y, para obtenerla, deberá demostrar que está de alta en el régimen correspondiente de seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que dispone, para sí y

<sup>170</sup> El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades (artículo 19 de la Ley de extranjería).

<sup>171</sup> Esta circunstancia se considera acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o un informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica y con carácter definitivo cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas.

para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que es miembro de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos.

### 3. REGISTRO CIVIL

Normalmente la existencia de un matrimonio de complacencia -es la terminología preferida en este ámbito- se advierte después de su celebración y puede ser corregida por medio de la acción de nulidad ejercitada por el Ministerio Fiscal en un juicio declarativo ordinario, en el que puedan enjuiciarse con amplitud las circunstancias del caso concreto (artículo 74 del Código Civil). No obstante, y como ya se ha visto en otros ámbitos, es necesario que a priori se adopten las medidas oportunas para evitar su celebración y así estas uniones no puedan disfrutar de las ventajas derivadas de la apariencia matrimonial.

El papel del encargado del Registro Civil es muy importante ya que interviene en dos momentos: antes de la celebración del matrimonio se tramita ante él, con carácter general, un expediente previo y, después de celebrado, le corresponde la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, salvo que acuerde denegarla, como veremos más adelante.

#### 3.1 Legislación aplicable

Para los encargados del Registro Civil, el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, plantea fundamentalmente dos problemas:

- a) Determinar, según las normas españolas de derecho internacional privado, la ley estatal aplicable a estos matrimonios en los que uno de sus miembros es un ciudadano extranjero.
- b) Concretada la ley estatal aplicable, y en el caso de que dicha ley sea la española, precisar los criterios adecuados para poder demostrar que el matrimonio que se pretende celebrar o, en su caso, inscribir en el Registro Civil español, es un matrimonio simulado o falso y, por tanto, nulo de pleno derecho.

Analizo ahora el punto primero relativo a determinar la ley aplicable, dejando el segundo para el momento del análisis de la prueba de la simulación del consentimiento matrimonial.

En el Derecho Internacional Privado español no existe una «*lex matrimonii*» o una sola y única ley estatal que determine, en los casos internacionales (matrimonio entre español-extranjero o entre extranjeros), cuáles son los requisitos para que el matrimonio sea válido y, por lo tanto, pueda acceder al Registro Civil español. Por tal razón, las normas de conflicto deben determinar separadamente:

- la ley aplicable a la capacidad matrimonial,
- la ley aplicable al consentimiento matrimonial y
- la ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio.

Pues bien, en los matrimonios de complacencia debe analizarse si el consentimiento es o no válido con arreglo a la ley estatal que regule, según las normas de conflicto españolas, el consentimiento matrimonial. Pero, como en el Derecho Internacional Privado español no existe una norma de conflicto que indique específicamente la ley aplicable al consentimiento matrimonial, la mayoría de los autores considera que es de aplicación el artículo 9.1 del Código Civil, que dispone: «*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*». Así, al consentimiento matrimonial se aplicará la ley personal del contrayente.

Esta opinión se apoya en que el consentimiento matrimonial afecta al estado civil al que se refiere expresamente el mencionado artículo 9.1 del Código Civil, que además constituye la norma general reguladora de todos los aspectos relacionados con el «estatuto personal» en el Derecho Internacional Privado español<sup>172</sup>.

En definitiva, el consentimiento matrimonial de cada cónyuge se regirá por la ley nacional de cada uno de ellos en el momento de la celebración del matrimonio, y, por tanto, será ella la que determine si el consentimiento es aparente o real, los vicios del consentimiento, los efectos del consentimiento simulado o viciado, el plazo para el ejercicio de las acciones y las personas legitimadas para ello, sin perjuicio de que la aplicación de la ley nacional del contrayente extranjero encuentre un límite

<sup>172</sup>Esta legislación evita lo que se conoce como el «*Forum Shopping*», esto es, que aunque los contrayentes acudan a países con legislaciones muy permisivas en materia de consentimiento matrimonial, dicho consentimiento se regirá siempre por la misma ley: su respectiva ley nacional.

obvio en el artículo 12.3 del Código Civil, que dispone: *«En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»*. Así, si una ley extranjera admite la validez de un matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio o simulado, dicha ley no podrá aplicarse nunca por las autoridades españolas por ser contraria al orden público internacional español, que exige un consentimiento real.

A partir de aquí hay que diferenciar los supuestos de matrimonios en los que uno de los contrayentes es español y el otro es extranjero, y los matrimonios celebrados entre extranjeros.

a) Los supuestos en que uno de los contrayentes es español y el otro extranjero

Según lo ya expuesto, procede analizar el consentimiento del contrayente español con arreglo al derecho español, y el consentimiento del contrayente extranjero con arreglo al derecho extranjero correspondiente a su nacionalidad. En estos casos, y como para que exista matrimonio el consentimiento de ambos cónyuges debe ser válido con arreglo a sus respectivas leyes personales, se empieza analizando el consentimiento del contrayente español con arreglo a nuestro derecho, y si resulta que no es un auténtico consentimiento matrimonial, el matrimonio no puede considerarse válido, evitándose así el estudio de la validez del consentimiento del otro cónyuge (la alegación y prueba de la ley extranjera puede resultar compleja, lenta y costosa, en particular si el contrayente extranjero procede de países escasamente vinculados con España, como es el caso de China). Pero si resulta un consentimiento válido deberá analizarse -a pesar de los inconvenientes mencionados- el consentimiento del cónyuge extranjero de acuerdo con su ley nacional, salvo que esta se oponga a nuestro orden público internacional.

Un ejemplo de la aplicación de la excepción del orden público se recoge en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 1994, en la que se afirma que aunque el contrayente marroquí, de acuerdo con su estatuto personal, sea libre para contraer otro matrimonio, aun subsistiendo el primero, esta ley extranjera ha de ser excluida con base en la excepción de orden público internacional, del artículo 12.3 del Código Civil: no puede permitirse que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, ya que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio.

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2001 establece que, en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil, la contrayente extranjera debe probar suficientemente su libertad para contraer matrimonio, esto es, que no está previamente ligada por un vínculo anterior, pues el impedimento de ligamen provoca la nulidad del matrimonio según el artículo 46 del Código Civil. (En este caso la contrayente marroquí no ha justificado la disolución de su primer matrimonio, según la ley marroquí. Solo acredita que fue objeto de un repudio revocable por el esposo, pero este repudio no lleva automáticamente consigo la disolución del vínculo).

Al hilo de lo expuesto y teniendo en cuenta que la vigente legislación española permite el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>173</sup>, nos encontramos, sin embargo, con la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer válidamente matrimonio ante las autoridades españolas, siendo una de ellas española y la otra extranjera, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o reconozca la validez de tales matrimonios. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, es rotunda cuando dispone que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita el matrimonio homosexual.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, la diversidad de sexo, en la concepción tradicional del matrimonio, o la posible identidad de sexo, en la concepción legal vigente, *«es un elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetiva considerada»*. Así, teniendo en cuenta, de un lado, el desconocimiento por parte de la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros del matrimonio homosexual y, de otro, la inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes, ha de concluirse que existe una laguna legal que debe cubrirse con una interpretación integradora, y la solución es acudir a la aplicación de la ley material española, como declara -lo he adelantado- la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, por las siguientes razones:

---

<sup>173</sup> La Ley 13/2005, de 1 de julio, modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio incorporando el párrafo segundo al artículo 44 del Código, conforme al cual *«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»*.

- La analogía con la figura de las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión, bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros.

- El principio general de nuestro Derecho civil del «*favor matrimonii*».

- La consideración del *ius nubendii* como derecho fundamental en nuestro ordenamiento constitucional, reforzado con la prohibición de toda discriminación a las causadas por razón de «*orientación sexual*».<sup>174</sup>

- La vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución.

- La necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la «*realidad social del tiempo en que han de aplicarse*», siendo así que en España hoy en día se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como ha ocurrido con la reforma del artículo 107 del Código Civil por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio<sup>175</sup>.

- La identidad con la solución adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían el divorcio<sup>176</sup>.

En definitiva, el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del

---

<sup>174</sup> La discriminación por razón de orientación sexual ha sido acogida de forma novedosa por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, en su artículo 21, como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

<sup>175</sup> Artículo 107 del Código Civil: «*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio, y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes [...]*».

<sup>176</sup> Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935.

extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio, en este último caso, del cumplimiento de los demás requisitos de forma y competencia del órgano que deba autorizar el matrimonio previstos en nuestro Ordenamiento jurídico.

Así se aplicó en el caso contemplado en la Resolución de 7 de abril de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En él, dos varones, uno de nacionalidad española y otro de nacionalidad portuguesa, solicitan autorización de matrimonio civil ante el Registro Civil de Vigo, cuyo titular dicta auto denegándola. El auto se fundamenta en la imposibilidad de que el contrayente portugués aporte la certificación de capacidad matrimonial, prevista en el Convenio nº 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980, del que forman parte España y Portugal, al no permitir la legislación portuguesa el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>177</sup>.

Comienza recordando esta Resolución que la capacidad matrimonial se rige, conforme a las normas de conflicto españolas, por la ley personal del individuo, esto es, la determinada por su nacionalidad. Pero, como se ha dicho antes, la diversidad de sexos o la identidad de sexos es un elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada. De aquí que se acuda, como declara la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, a la aplicación de la ley material española por las razones antes expuestas.

Esta conclusión no puede verse alterada por el hecho de que tanto España como Portugal hayan firmado y ratificado el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil<sup>178</sup>, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 y que entró en vigor en España el 1 de junio de 1988 y en Portugal el 1 de febrero de 1985, conforme a cuyo artículo 1: «*Cada Estado contratante se obliga a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anejo al presente Convenio, cuando uno de sus nacionales lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna, con respecto a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio*».

---

<sup>177</sup> El 11 de febrero de 2010, el Parlamento portugués aprobó la ley del matrimonio homosexual, que a diferencia de la española, no contempla el derecho de adopción.

<sup>178</sup> B.O.E. núm. 117/1988, de 16 de mayo de 1988.

Ahora bien, la interpretación auténtica de esta norma<sup>179</sup> no se opone a la aplicación de las reglas en vigor en los Estados contratantes que no exigen un certificado de capacidad matrimonial, como es el caso español. En la legislación española, la única norma de derecho interno que contempla la existencia de tales certificados -aparte de los supuestos de matrimonios evangélicos, islámicos e israelitas- está recogida en el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil, que dispone que será necesario el certificado de capacidad matrimonial expedido por el instructor cuando los contrayentes hayan manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exija la presentación de tal certificado.

Por ello, se debe concluir -dice la Resolución- que *«en caso de que el país de origen del extranjero establezca un requisito que no es exigible conforme a la legislación del lugar de celebración, cuando este coincide con el de la residencia habitual del interesado y se trate de materia regida por la ley determinada por tal residencia -como es el caso que se analiza- la denegación de la expedición del certificado de capacidad matrimonial por parte de las autoridades del país de procedencia del contrayente extranjero no puede ser obstáculo para su válida celebración en España»*.

En definitiva, la denegación del certificado de capacidad matrimonial previsto en el Convenio nº 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, por parte de las autoridades extranjeras de la nacionalidad de uno de los contrayentes, no es obstáculo para la celebración del matrimonio en España si el único motivo de la denegación es la identidad de sexo de los contrayentes.

#### b) Los supuestos en que ambos contrayentes son extranjeros

En estos casos el encargado del Registro Civil español deberá comprobar con arreglo al derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes que el consentimiento es válido, sin olvidar -como ya se ha dicho- que, si una ley extranjera admite la validez del matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio o simulado, dicha ley no se aplicará por las autoridades españolas por resultar contraria al orden público (artículo 12.3 del Código Civil) y, en su lugar, se aplicará el derecho material español.

---

<sup>179</sup> «Rapport explicatif» del Convenio adoptado por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil, el mismo día 3 de septiembre de 1980.



- Así, la Resolución de 31 de mayo de 2007 de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>180</sup> autoriza la inscripción del matrimonio celebrado por dos extranjeros en el Consulado de Marruecos en Madrid ya que se han cumplido las formalidades religiosas prescritas por la legislación marroquí, que es la que corresponde aplicar conforme al estatuto personal de los contrayentes. En un principio, el encargado del Registro Civil denegó la inscripción del matrimonio celebrado el 7 de enero de 1994, fecha en la que ambos contrayentes tenían la nacionalidad marroquí (la esposa adquirió posteriormente, en el año 2003, la nacionalidad española) por entender que no se había cumplido el requisito legal de forma válida de celebración: el matrimonio se celebró conforme al rito islámico, pero sin intervención de ningún dirigente religioso islámico perteneciente a una Comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas inscritas integradas en esta Comisión (requisito para el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio islámico celebrado en España, de conformidad con los artículos 1 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España).

Pero ocurre que esta legislación es aplicable a los matrimonios en forma religiosa islámica celebrados en España cuando uno o ambos contrayentes tienen la nacionalidad española.

Los extranjeros que celebren su matrimonio en España pueden optar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del Código Civil, entre la forma prescrita para los españoles (incluido por tanto el sistema permitido para los españoles en el artículo 7 de los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España) o la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos (incluida la forma religiosa admitida por la ley personal de alguno de ellos). En este último supuesto, la inscripción del matrimonio requiere la comprobación de que concurren los requisitos legales para su celebración, como dispone el artículo 65 del Código Civil para aquellos casos en que el matrimonio se hubiera celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente.

En el presente caso ambos contrayentes son extranjeros en el momento de la celebración del matrimonio y lo que hay que comprobar es si el matrimonio contraído lo ha sido conforme a la forma religiosa prescrita por la legislación marroquí, que es la que corresponde aplicar

---

<sup>180</sup> B.O.E. de 3 de agosto de 2007.

conforme al estatuto personal de los contrayentes y que ha sido la elegida por ellos. Del acta matrimonial se desprende la presencia de dos «*adules*» (fedatarios públicos) en calidad de testigos legalmente habilitados que acreditan la emisión del consentimiento de los contrayentes, la intervención preceptiva del «*wali*» o tutor matrimonial de la esposa y el pago de la dote matrimonial. Consta además la inscripción del acta matrimonial en el Registro local correspondiente, lo que prueba que el matrimonio se celebró en una forma autorizada por la ley personal del contrayente marroquí y que, en consecuencia, ha producido efectos desde su fecha. Además hay que recordar que el Código de Familia marroquí (*Mudawana*) no impone la intervención preceptiva «*ad solemnitatem*» del *cadí* o ministro de culto, y que la presencia del adul o fedatario público encargado de extender el acta para su posterior inscripción en el Registro público competente, como forma *ad validitatem*, ha quedado acreditada. Por todo ello se estima el recurso y revoca el auto apelado denegatorio de la inscripción.

- Por otra parte, la Resolución de 29 de marzo de 2007 de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>181</sup> dispone que la certificación expedida por un Registro de la denominada República Árabe Saharaui Democrática no reúne los requisitos del artículo 85 del Reglamento del Registro Civil para que pueda practicarse la inscripción y, en consecuencia, se deniega. Los esposos, ambos nacidos en Sahara Occidental, celebraron allí su matrimonio en 1970. Después, el esposo adquiere la nacionalidad española en 2004 y solicita la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil español. De conformidad con la legislación sobre el Registro Civil (artículos 15 de la Ley del Registro Civil y 66 del Reglamento del Registro Civil) los hechos que afecten a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente siempre que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. La vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración, bien en el expediente a que se refiere el artículo 257 del Reglamento del Registro Civil «*en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos*».

En el caso presente, la inscripción se pretende sobre una certificación del Registro extranjero. El artículo 85 del Reglamento dispone: «*Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley*

---

<sup>181</sup> B.O.E. de 27 de abril de 2007.

*española [...]»<sup>182</sup>. Así, el encargado del Registro Civil, al examinar la certificación del matrimonio local y la competencia y la autoridad que la expide, la cual debe estar habilitada para ello, comprueba que tal base no existe pues los órganos del Registro Civil no están establecidos en virtud de disposiciones normativas integrantes de un ordenamiento jurídico estatal internacionalmente reconocido y, por tanto, deniega la inscripción; decisión que es confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

### 3.2 Medidas adoptadas antes de la celebración del matrimonio

No hay duda de que lo más efectivo en la lucha contra el fraude de ley que son los matrimonios de complacencia es evitar que se celebren. Y así se recoge en la Instrucción sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero, de 9 de enero de 1995, dictada por la Dirección General de Registros y del Notariado. En ella se señala que cada vez son mas frecuentes *«los casos en los que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros»*. Por ello han de extremarse las garantías formales y materiales para que el encargado del Registro llegue a la convicción de que los interesados no pretenden, en claro fraude de ley, beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio sin verdadero consentimiento matrimonial.

Esta Instrucción no persigue coartar en modo alguno el derecho fundamental de la persona a contraer matrimonio, sino *«encarecer a los encargados de los Registros Civiles que, sin mengua de la presunción general de buena fe, se cercioren de la veracidad del consentimiento de los contrayentes dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo»*.

En definitiva, esta Instrucción debe emplearse como medio de *«control preventivo y previo»* no solo de la capacidad matrimonial, sino también del consentimiento matrimonial de los contrayentes, pero con gran precaución, pues examinar las intenciones de los contrayentes antes de

---

<sup>182</sup> Sigue diciendo el artículo 85: *«...Se complementarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.»*

la celebración del matrimonio colisiona casi inevitablemente con la presunción general de buena fe y con el *ius connubii*.

El expediente previo a contraer matrimonio se regula detalladamente en el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, en sus artículos 238 y siguientes. Se instruye por el encargado del Registro Civil y se inicia con la presentación de un escrito que deberá contener los siguientes datos: la identidad y profesión de los contrayentes; si hubo anteriores vínculos, y en su caso, el nombre y apellidos del cónyuge y la fecha de disolución del matrimonio; la declaración de que no existe impedimento para el matrimonio; el juez o funcionario elegido para la celebración; y la residencia de los dos últimos años<sup>183</sup> (artículo 240 del Reglamento del Registro Civil).

En la tramitación de este expediente hay un trámite fundamental recogido en el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil: la audiencia reservada y por separado de los cónyuges, en la que el instructor los interroga para cerciorarse *«de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración»*. Esta audiencia -que se realiza a todos los que desean contraer matrimonio- se convierte en un trámite destacado cuando uno de los contrayentes es extranjero, pues como dice la citada Instrucción dicho interrogatorio *«puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial»*. Así, el instructor podrá preguntar, por ejemplo, sobre las intenciones de vida en común de los contrayentes, hijos que desearían tener, desde cuándo dura la relación, cómo piensan organizar la convivencia común, etc. Esto es, aquellos datos que permitan revelar si los contrayentes desean formar una familia y asumir los derechos y deberes del matrimonio, ya que un interrogatorio puramente formulario no es suficiente para inferir la existencia de un matrimonio simulado. De aquí que no se deba prescindir de este trámite ni cumplirlo de forma rutinaria, ya que la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas ocasiones ha ordenado la retroacción de actuaciones con objeto de que se cumpla adecuadamente, pues un interrogatorio bien encauzado puede llevar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del oportuno recurso, el instructor debe denegar la celebración. Es el caso contenido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 2005, sobre inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero entre un español y una cubana, que ordena que

---

<sup>183</sup> Se acompaña a este escrito un certificado de nacimiento y, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos, la emancipación o la dispensa y en aquellas poblaciones que tengan menos de 25.000 habitantes, se publicarán edictos (artículos 241 y 243 del Reglamento).

se retrotraigan las actuaciones al momento de tramitación oportuno para que pueda ser oído el contrayente español, pues no consta en el expediente que se le haya practicado el trámite de audiencia reservada en los términos exigidos por la Instrucción de 9 de enero de 1995 y, en consecuencia, se carece de los datos que serían precisos para adoptar una decisión fundada acerca del verdadero propósito matrimonial. Por su parte, en la Resolución de 16 de mayo de 2005 sobre autorización para contraer matrimonio entre un varón de nacionalidad ghanesa y una mujer española, sí se practicó la audiencia reservada, pero la insuficiencia de las preguntas formuladas en dicho trámite, impidió que se adquiriera el grado de certeza necesario sobre la simulación del consentimiento matrimonial para acordar la denegación de la autorización, como hizo el juez encargado del Registro Civil y, por tanto, se ordena retrotraer las actuaciones y que se realice el trámite de audiencia reservada nuevamente a los futuros contrayentes y que, a la vista de su resultado, se resuelva nuevamente si procede o no autorizar el matrimonio.

En mi opinión es un trámite muy delicado y las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, si se siguen con demasiado celo en el examen de las intenciones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio, pueden colisionar con la presunción general de buena fe y con el *ius connubii*.

Pese a la importancia de esta audiencia reservada y por separado de los cónyuges en el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes es extranjero, a veces no es suficiente para evitar el matrimonio de complacencia por dos razones. En primer lugar, el expediente matrimonial previo está concebido fundamentalmente como un mecanismo de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y de su aptitud para manifestar el consentimiento, y no resulta fácil controlar la autenticidad del consentimiento matrimonial en sí mismo. En muchas ocasiones no hay pruebas directas de la intención de los contrayentes de celebrar un matrimonio simulado (como sería una prueba de que existe un precio y que se ha producido un pago previo), y el instructor debe deducir de las respuestas dadas en la audiencia reservada que no existe el ánimo o la intención de evitar la aplicación más estricta de la legislación sobre nacionalidad y extranjería. Y en segundo lugar, solo es necesario instruir el expediente matrimonial previo ante el encargado del Registro Civil cuando el matrimonio se va a celebrar en España, y son muchos los matrimonios de complacencia que se celebran en el extranjero, sin instruirse, por tanto, dicho expediente.

En el caso de matrimonios contraídos en el extranjero, solo es necesario el certificado de capacidad matrimonial expedido por el instructor cuando los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exija la presentación de tal certificado<sup>184</sup>. En estos casos, para la expedición del mencionado certificado ha de instruirse el expediente previo matrimonial tramitado conforme a las reglas generales y, por tanto, ha de practicarse la audiencia reservada y por separado de cada contrayente, que sirve además a los fines de control ya expuestos.

También se exige el expediente previo para la celebración del matrimonio en las formas religiosas no católicas (evangélica, hebrea e islámica -en esta última solo como requisito de inscripción-)<sup>185</sup>. El artículo 7.2 de los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y con la Federación de Comunidades Israelitas de España dispone que las personas que deseen contraer matrimonio evangélico o según la propia normativa formal israelita promoverán el expediente previo al matrimonio ante el encargado del Registro Civil correspondiente<sup>186</sup>, como medio para acreditar su capacidad nupcial y su verdadera intención de contraer matrimonio, así como que no existe ninguna circunstancia que se lo prohíba, ya que los contrayentes reúnen los requisitos de habilidad, libertad y capacidad establecidos en el Código Civil. Esta exigencia normativa no es aplicable al matrimonio musulmán, pues el Acuerdo con la Comisión Islámica de España no lo contempla (aunque actúa al menos como recomendación), por lo que puede ocurrir que los contrayentes que quieran contraer matrimonio islámico no hayan acudido a la vía del expediente previo -y, por tanto, de la expedición de la certificación acreditativa de la capacidad matrimonial- y procedan a celebrar directamente el matrimonio religioso. El artículo 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España dispone que: *«Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma islámica deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro civil correspondiente»*. No es, pues, necesario el certificado de capacidad para la celebración, pero sí lo es para la inscripción, con todos

---

<sup>184</sup> Artículo 252 del RCC y Convenio nº 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil de 5 de septiembre de 1980. B.O.E. de 16 de mayo de 1988.

<sup>185</sup> De la celebración en forma canónica se hablará en otro epígrafe.

<sup>186</sup> Las personas que desean contraer matrimonio ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España o ante los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España, promoverán el expediente previo al matrimonio ante el encargado del Registro Civil correspondiente y, cumplido este trámite, dicho encargado expedirá por duplicado certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que estos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio. (Apartados 2 y 3 de los artículos 7 de la Ley 24/1992 y Ley 25/1995, ambas de 10 de noviembre).

los inconvenientes que ello supone para la certeza y la seguridad jurídica. De ahí que la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre inscripción de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, diga que, «*tratándose de matrimonios celebrados en la forma religiosa islámica, si excepcionalmente los interesados prescinden bajo su responsabilidad del trámite previo de expedición del certificado de capacidad matrimonial, la calificación del Encargado del Registro se refiere no solo a los requisitos formales de la certificación de la celebración del matrimonio, sino también a todos los requisitos de fondo exigidos por el Código Civil, esto es, deberá comprobar que los contrayentes reúnan la libertad y la capacidad necesaria, asegurando además la inexistencia de impedimento de ligamen*».

Antes de terminar este apartado, es preciso recordar que el artículo 55 del Código Civil permite, con determinados límites, que el matrimonio se celebre con la asistencia personal solo de un contrayente y de una persona que interviene como apoderado especial del otro que reside en lugar distinto de la demarcación del funcionario autorizante. En estos casos, el expediente previo ha de tramitarse conforme a las reglas generales, con audiencia personal y reservada del poderdante, interviniendo el apoderado solo en el momento final de la autorización del matrimonio, a fin de manifestar el consentimiento del poderdante.

### 3.3 Medidas adoptadas después de la celebración del matrimonio: examen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil

Si pese a la audiencia previa y por separado de los cónyuges para averiguar el auténtico propósito matrimonial se celebra un matrimonio de conveniencia, es posible la denegación de su inscripción en el Registro Civil si en esta fase se demuestra que no hay un verdadero consentimiento matrimonial.

Hay que recordar que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, siendo necesaria para el pleno reconocimiento de los mismos su inscripción en el Registro Civil (artículo 61 del Código Civil). Y, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley del Registro Civil, son inscribibles en el Registro Civil:

a) Los matrimonios celebrados en territorio español, con independencia de la nacionalidad de los contrayentes y de la autoridad ante la que se han celebrado.

b) Los matrimonios que se celebren en el extranjero, cuando uno de los contrayentes sea español.

- En el caso de matrimonio celebrado en territorio español, si es civil, serán competentes para autorizarlo el juez encargado del Registro Civil y el alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en quien este delegue.

Con independencia de la nacionalidad de los contrayentes y de la autoridad celebrante, la inscripción en el Registro Civil no lleva consigo el examen del consentimiento matrimonial manifestado pues, cuando el matrimonio se ha celebrado en las oficinas del propio Registro, tras el oportuno expediente previo, el acta del matrimonio será la propia inscripción, que se extenderá haciendo constar todas las circunstancias establecidas en la Ley y en el Reglamento del Registro Civil.

Ocurre lo mismo cuando el matrimonio se celebra ante Alcalde o concejal, pues previo expediente tramitado por el encargado del Registro Civil, el acta que levante el celebrante, con todos los requisitos exigidos en el Código Civil, se remitirá al Registro Civil para su inscripción.

En cuanto a la inscripción de matrimonio canónico<sup>187</sup>, el único título para practicarla es la certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio presentada directamente por los interesados, o bien remitida por el párroco al Registro competente.

Por lo que se refiere al matrimonio celebrado en España en otras formas religiosas, su inscripción se practicará con la presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Previamente - salvo para el matrimonio islámico, como ya se ha dicho-, el encargado del Registro Civil instruye el expediente previo a la celebración del matrimonio, que finaliza con la expedición de la certificación acreditativa de la capacidad matrimonial. Para la inscripción, la labor calificadora del encargado se limita a comprobar que no han transcurrido más de seis meses desde la expedición del certificado de capacidad y la celebración del matrimonio y que se han cumplido los demás requisitos formales exigidos por los Acuerdos de cooperación ya mencionados. Así, puede denegarse la inscripción si de los documentos presentados o de los asientos del Registro resulta que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se

---

<sup>187</sup> Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos, de 15 de febrero de 1980. B.O.E. de 23 de febrero.



exigen en el Código Civil. Por su parte, quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden acudir al mecanismo antes expuesto de obtener la certificación acreditativa de la capacidad matrimonial antes de la celebración del matrimonio -es aconsejable porque facilita la posterior inscripción- o pueden, sin acudir previamente al Registro Civil, celebrar directamente el matrimonio religioso. En este caso, la certificación de la celebración del matrimonio deberá contener los requisitos formales exigidos por la legislación del Registro Civil y, previamente a su inscripción en el Registro, el encargado comprobará la capacidad de los contrayentes según el Código Civil, teniendo en cuenta las normas del Derecho internacional privado español que resulten aplicables si uno o ambos contrayentes son extranjeros.

- Cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, la inscripción en el Registro Civil español solo puede practicarse si al menos uno de los contrayentes es español. También se inscribirán los matrimonios celebrados en el extranjero por dos ciudadanos de nacionalidad extranjera siempre que al menos uno de ellos haya adquirido después la nacionalidad española, ya que el Registro Civil español será competente de forma sobrevenida para su inscripción.

Ya se ha dicho que cuando un español celebre su matrimonio en el extranjero puede elegir entre la forma prevista por la ley del lugar de celebración y las formas civiles previstas por el Derecho español (artículo 49 del Código Civil).

Si opta por la forma civil española, el matrimonio debe celebrarse ante la Autoridad consular española correspondiente, lo que da lugar al denominado matrimonio consular. Esta autoridad será la encargada del Registro Civil en el extranjero y, por tanto, la que tiene competencia para autorizar el matrimonio civil. Para su válida celebración será necesario:

a) Que al menos uno de los contrayentes sea español.

b) Que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en la demarcación consular correspondiente, ya que el artículo 57 del Código Civil atribuye la competencia para la celebración del matrimonio al funcionario *«correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes»*.

c) Que el Estado receptor del Cónsul no se oponga a que éste celebre matrimonio en su territorio, pues según el artículo 5 f) del Convenio de

Viena sobre Relaciones Consulares<sup>188</sup>, ratificado por España, la competencia reconocida en general a los Cónsules de España en el extranjero como encargados del Registro Civil cesa si a ello se oponen las leyes y reglamentos del Estado receptor.

Si por el contrario se opta por la celebración del matrimonio según la ley del lugar de celebración, la inscripción puede hacerse de dos maneras. La primera, que constituye la regla general, consiste en la inscripción del matrimonio en virtud de la certificación expedida por la autoridad o el funcionario del país de celebración, en la que consta la celebración del matrimonio, siempre y cuando el encargado del Registro no tenga dudas acerca de la realidad del hecho ni de su legalidad conforme a la ley española (artículo 256.3 del Reglamento del Registro Civil).

Esto es, además de que el matrimonio conste *«por certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración»*, es necesario, tras la calificación de ese documento y mediante las declaraciones complementarias oportunas, que el encargado del Registro llegue a la convicción de que no hay dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española<sup>189</sup>. Las declaraciones complementarias que se practiquen persiguen los mismos fines que la audiencia personal, reservada y por separado del expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes es extranjero y, en consecuencia, permiten denegar la inscripción del matrimonio si de las mismas es razonable deducir que el matrimonio es simulado por perseguir fines ajenos a la institución matrimonial y, por lo tanto, nulo.

La segunda forma de realizar la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero según la ley del lugar de celebración hace

---

<sup>188</sup> Convenio de Viena sobre relaciones consulares. B.O.E. de 6 de marzo de 1963.

<sup>189</sup> El artículo 256 del Reglamento permite la inscripción, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española, de matrimonios que consten por acta levantada por encargado o funcionario competente para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte; certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española; certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración; y certificación expedida por funcionario competente, acreditativa del matrimonio celebrado en España por dos extranjeros, cumpliendo la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. En todos estos casos, el título para practicar la inscripción será el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas.

Este artículo hay que ponerlo en relación con el 85 del mismo texto legal, que dispone que para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Y todo ello porque el artículo 23 de la Ley del Registro Civil establece que las inscripciones, además de practicarse en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados por la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe, podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

referencia a la inexistencia de certificación de la autoridad o funcionario del país de celebración y exige la tramitación de un expediente en el que se acredite debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos (artículo 65 del Código Civil y 257 del RCC), lo que permite también examinar si el consentimiento es un verdadero consentimiento matrimonial.

Así las cosas, cuando el matrimonio se ha celebrado en la forma extranjera permitida por la «*lex loci*», el encargado al que se solicita la inscripción (el encargado del Registro Civil Consular, si los cónyuges continúan en el extranjero) está facultado para calificar la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial. Y es que el artículo 65 del Código Civil exige, en los casos en que el matrimonio se ha celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, que el encargado del Registro, antes de la inscripción, compruebe si concurren los requisitos legales para su celebración.

No hay que olvidar que la prestación del consentimiento debe ajustarse a la *lex loci celebrationis*, y no a la ley nacional del contrayente. Así lo recordó la Dirección General de los Registros y el Notariado en su Resolución de 29 de mayo de 1993. En este caso se resolvía la oposición del encargado del Registro Civil a la inscripción de un matrimonio celebrado en Uruguay sin la presencia personal de los esposos y actuando en nombre de cada uno de ellos un apoderado especiales para el acto, con base en el artículo 55 del Código Civil. Este artículo permite que el contrayente que no resida en el lugar de celebración del matrimonio, celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente. Para la Dirección General de los Registros y el Notariado, la comprobación dirigida a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil ha de limitarse a verificar si concurren los requisitos de fondo legales para su celebración, pero no alcanza a una condición de forma, regida, como ya se ha dicho, por la *lex loci*, respecto de la cual solo hay que comprobar –como se acreditó en el caso- que la ley del lugar de celebración admite esa modalidad.

Lo que siempre ha de tenerse presente es el rechazo de la ley extranjera en los casos en que su aplicación resulte contraria al orden público internacional español, debiendo, en su lugar, aplicarse la ley española como «*lex fori*». Así se recoge en distintas Instrucciones<sup>190</sup> y en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 de la Dirección General de los

---

<sup>190</sup> Las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 1993, 9 de enero de 1995 y 31 de enero de 2006.

Registros y del Notariado, que contemplan, entre otros, los siguientes casos:

a) Leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos. Estas leyes deben ser rechazadas -como ya hemos visto- por cuanto nuestra legislación no reconoce capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior vínculo matrimonial no disuelto, basándose en el principio del respeto a la dignidad de la persona.

b) Leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán. En el derecho musulmán se regulan, al igual que en los derechos occidentales, situaciones que impiden el matrimonio, esto es, que hacen que una persona sea *h'aram* (prohibida) para otra. Uno de esos impedimentos es el religioso, de forma que se prohíbe el matrimonio del varón musulmán con una mujer no musulmana, salvo que sea cristiana o judía. Esta salvedad no existe para la mujer musulmana, que sólo puede contraer matrimonio con un varón musulmán. La razón de esta diferencia se basa en que según el derecho islámico los hijos deben seguir la religión del padre y un matrimonio dispar entre un hombre no musulmán y una mujer musulmana podría restar fieles al Islam, pues aún impera la primacía del varón sobre la mujer.

c) Leyes extranjeras que admiten matrimonios entre niños. El Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro correspondiente<sup>191</sup>, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962, en defensa de la libertad de los cónyuges, abolió totalmente el matrimonio de niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil.

d) Leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes, incluso en contra de la voluntad de estos (el caso, por ejemplo, del consentimiento otorgado por el tutor matrimonial -*wali*- en nombre de la mujer en el matrimonio musulmán). El artículo 1 del Convenio antes citado exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, debiendo ser considerada esta exigencia de orden público.

Un ejemplo de los apartados c) y d) es el matrimonio servil, pues aunque puede darse entre adultos, es más frecuente en niñas y con ausencia de su consentimiento. Es un tipo de matrimonio que debe ser considerado

---

<sup>191</sup> B.O.E. de 29 de mayo de 1969.

como una forma de esclavitud y que se celebra en países como Líbano, Mauritania, Pakistán, Kazajistán y Madagascar, según el informe de la Relatora especial (*Gulnare Shahinian*) sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y sus consecuencias de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>192</sup>. Como resultado, sobre todo, de la desigualdad de género y de la pobreza, uno de los cónyuges -generalmente una niña- es reducido a la condición de un bien sobre el que el otro cónyuge puede ejercer una parte o la totalidad de los poderes que confiere la propiedad. Es considerado una forma de fortalecer los vínculos familiares y preservar el honor, además de un activo financiero que puede mejorar la situación económica de la familia de la menor. Las niñas quedan sometidas a una servidumbre doméstica de forma que deben realizar todas las tareas del hogar y, en algunos casos, trabajar también fuera de casa en tiendas o granjas y tener relaciones sexuales con sus maridos. Si no desempeñan estas tareas de forma adecuada, sufren malos tratos físicos y psicológicos por parte del marido o de la familia de este, con total impunidad<sup>193</sup>.

La razón de la no aplicación de estas leyes extranjeras en el derecho matrimonial español es clara: contravienen el orden público español. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007, entre otras, recoge la doctrina de las sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979 según la cual el orden público está integrado por *«aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada»*. Así, la excepción de orden público tiene un carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico. Y el orden público del momento presente es un orden público constitucional, un orden público configurado por los principios constitucionales, y, en particular, por la dignidad de la persona, las normas relativas a los vicios del consentimiento que dan lugar a la nulidad del matrimonio, en virtud del artículo 73 del Código Civil, y los impedimentos matrimoniales que no pueden dispensarse según nuestro derecho.

#### 4. ACCIÓN DE NULIDAD Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

---

<sup>192</sup> Naciones Unidas. Asamblea General. A/HRC/21/41. 7 de octubre de 2012.

<sup>193</sup> *I matrimoni simulati. Studio sui matrimoni di convenienza negli Stati membri della Commissione Internazionale dello Stato Civile*. Disponible en Web: <http://www.cieci.org> [Consulta: 25 de marzo de 2013].

Se analizan ahora distintas medidas dirigidas, por un lado, a anular los matrimonios de conveniencia celebrados y, por otro, a evitar que se consigan los beneficios que con dichos matrimonios se pretenden.

a) En primer lugar, la acción para pedir la nulidad del matrimonio está prevista en el caso de que el matrimonio se haya celebrado sin consentimiento matrimonial, y corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Código Civil.

Es una medida que recomendó la Dirección General de Registros y del Notariado en su Resolución de 9 de octubre de 1993, al disponer lo siguiente: *“Ante la lacra de los matrimonios de conveniencia, la solución ha de encontrarse, no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de modo intolerable un derecho fundamental de las personas, sino en medidas represivas adoptadas “a posteriori”, como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y, sobre todo, en medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente los beneficios fraudulentos que acaso persiga”*.

Por su parte, la Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería, interesa a los fiscales que extremen su celo e impidan la celebración de matrimonios de complacencia cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado y les obliga a ejercitar la acción de nulidad en defensa de la legalidad y del interés público cuando por cualquier medio tengan conocimiento a posteriori de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados, estando legitimados en aplicación de los artículos 74 del Código Civil y 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las Audiencias Provinciales españolas, por vía del recurso de apelación, han conocido de nulidades matrimoniales por falta de consentimiento, instadas por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de los cónyuges, con base en la simulación del consentimiento matrimonial para conseguir beneficios en materia de extranjería.

Así, en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de abril de 1999<sup>194</sup>, se pudo acreditar que los litigantes no habían convivido, ni antes ni después de la celebración formal del

---

<sup>194</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 85/1999 (Sección 3), de 30 de abril.

matrimonio, y que la contrayente (cubana) contrajo matrimonio con el actor sin tener la menor intención de hacer con él un proyecto de vida en común, es decir, sin prestar un verdadero consentimiento y queriendo obtener la nacionalidad.

En el caso examinado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de marzo de 2000<sup>195</sup>, se confirmó la declaración de nulidad del matrimonio instada por uno de los cónyuges, por falta absoluta de consentimiento, ya que la finalidad perseguida por ambos contrayentes había sido la de facilitar a la esposa su residencia en España. La ausencia de un noviazgo previo y de vida en común durante el periodo inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio evidencia que nunca existió un verdadero propósito y consentimiento matrimonial.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 31 de marzo de 2006<sup>196</sup> confirmó la nulidad de un matrimonio que únicamente pretendía, sin convivencia por parte de los cónyuges -solo acreditaban que tenían el mismo domicilio-, conseguir el permiso de residencia para los seis hijos de él y de su ex mujer.

La Audiencia Provincial de Murcia, en su sentencia de 7 de noviembre de 2006<sup>197</sup> confirmó la sentencia de instancia que desestimaba la demanda planteada por la contrayente (cubana) contra la Dirección General de los Registros y del Notario, interesando que se declarara la validez de su matrimonio celebrado en Cuba con un español y se permitiera su inscripción en el Registro. Se confirma en vía judicial la resolución de la Dirección General que niega la inscripción del matrimonio, al considerar que no era válido por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial, entendiendo que se trataba de un matrimonio de conveniencia: los contrayentes no se conocieron hasta dos días antes de la celebración de la boda, y la contrayente, tres meses después de la boda, cuando acude al Consulado español a inscribir su unión, desconocía datos como el primer apellido y la edad de su esposo, o el nombre de su madre.

Y finalmente, la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 12 de febrero de 2008<sup>198</sup> confirmó la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento y simulación matrimonial declarada en la instancia. Pese a la existencia de un control de legalidad por parte del encargado del Registro Civil de Valencia que autorizó el matrimonio, quedó acreditada la falta de convivencia entre los esposos (colombiana ella y español él), con

<sup>195</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 154/2000 (Sección 4), de 27 de marzo.

<sup>196</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 184/2006 (Sección 6), de 31 de marzo.

<sup>197</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 3999/2006 (Sección 1), de 7 de noviembre.

<sup>198</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 87/2008 (Sección 10), de 12 de febrero.

residencias separadas, ausencia de relación sentimental antes y después de la celebración del matrimonio, contradicciones y ambigüedades en cuanto a la fecha en que el esposo conoció la relación sentimental de la esposa con otra persona y la duración de esta relación; relación de la que nace un hijo amparado por la presunción de paternidad del matrimonio de la madre, según el artículo 116 del Código Civil, que determina la filiación matrimonial del mismo y, por ende, la obtención de la nacionalidad española, haciendo extensivos a su madre los beneficios que la ley otorga.

En los supuestos de falsedad, ocultación o fraude para adquirir la nacionalidad española, como ocurre en los casos antes analizados, el Código Civil establece como sanción, para los españoles que no lo son de origen, la nulidad de tal adquisición. Sería el caso de la adquisición de la nacionalidad por la vía de la residencia legal durante un año al ser cónyuge de una persona de nacionalidad española y el matrimonio resulte de conveniencia. El artículo 25.2 del Código Civil dispone: *«La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe [...]»*. Esta acción de nulidad de la adquisición deberá ejercitarse por el Ministerio fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

b) En cuanto a las sanciones administrativas, la Resolución de 4 de diciembre de 1997 del Consejo de la Unión Europea, ya citada, propone, en el caso de que el matrimonio celebrado sea fraudulento, la no expedición del permiso o la autorización de residencia, o bien que se revoque o no se renueve el permiso ya concedido.

En el mismo sentido, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre reagrupación familiar, establece en su artículo 16.2 que: *«Los Estados miembros también podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia, si se demuestra que [...] b) el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro [...]»*.

Estas medidas han sido adoptadas por nuestra legislación disponiendo la inaplicación de las ventajas que se pretenden obtener.



Así, el artículo 17 de la Ley de extranjería establece como requisito para que el extranjero residente tenga derecho a reagrupar con el en España a su cónyuge que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley, por lo que, en caso de demostrarse que el matrimonio es de conveniencia, no se autoriza la reagrupación.

Además, el artículo 53 de la Ley de extranjería, modificado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, recoge como infracción grave *«Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito»*. Estas actuaciones serán sancionadas, con base en el artículo 55 de la misma Ley, con multa de 501 hasta 10.000 euros, correspondiendo su imposición al Subdelegado del Gobierno o al Delegado de Gobierno, en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

## 5. ÁMBITO PENAL

Nuestro Código penal dedica el Capítulo I del Título XII («Delitos contra las relaciones familiares») del Libro II («Delitos y sus penas») a los matrimonios ilegales, tipificando como tales los contraídos de la siguiente manera:

- *«El que contrajera segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior»*<sup>199</sup> (artículo 217).
- *«El que, para perjudicar al otro contrayente, celebrare matrimonio inválido [...]. El responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado»*<sup>200</sup> (artículo 218).
- *«El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente [...]»*<sup>201</sup> (artículo 219).

<sup>199</sup> La pena correspondiente a este delito es la pena de prisión de seis meses a un año.

<sup>200</sup> La pena correspondiente a este delito es la pena de prisión de seis meses a dos años.

<sup>201</sup> La pena correspondiente a este delito es la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Si la causa de nulidad fuere dispensable, la pena será de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a dos años.

De lo anterior se desprende que nuestra legislación penal no tipifica como delito el contraer matrimonio persiguiendo unos fines ajenos a los propios de la institución matrimonial. En consecuencia –y por lo que en este punto interesa–, contraer matrimonio con el fin de obtener la nacionalidad española o la residencia en España no tiene consecuencias penales para los contrayentes.

Además, la falta de verdad en la narración de los hechos que puede darse en las declaraciones que los contrayentes prestan en el expediente previo al matrimonio ante el encargado del Registro Civil y la simulación del consentimiento que se presta en el acto de la celebración del matrimonio no dan lugar a la falsedad ideológica o espiritual a que se refiere el artículo 390.4 del vigente Código de 1995 (artículo 302.4 del anterior Código penal), de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El artículo 390.4 dice así: *«Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos»*.

Como dice la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 3 de diciembre de 1992, 9 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2002, la falsedad ideológica o espiritual consiste en verter expresiones que no responden a la realidad. Tal falsedad ha de ir acompañada del dolo falsario como conciencia y voluntad para trastocar la realidad. Ese dolo implica la conciencia, como querer de la mente, de alterar la verdad con intención de cambio (*«mutatio veritatis»*) y el conocimiento de la ilicitud. Pero sucede que el Código penal de 1995<sup>202</sup> ha despenalizado para los particulares la falsedad ideológica que consiste en faltar a la verdad en la narración de los hechos, pues si los particulares no están específicamente obligados a decir verdad, el mero hecho de verter manifestaciones inveraces en un documento público no integra el delito de falsedad ideológica (si el particular tuviera obligación de decir verdad y la incumpliera, se estaría, en su caso, ante el testimonio falso ante la autoridad

---

<sup>202</sup> Con anterioridad a este Código, la posibilidad de que el particular pueda cometer la falsedad ideológica descrita en el número 4º del artículo 302 del Código penal (390.4 vigente), de faltar a la verdad en la narración de los hechos, ha sido un tema de especial consideración por la doctrina y la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Así, respecto a los particulares, había dos posiciones: por un lado, se entendía que no cometían el delito de falsedad ideológica pues, no estando obligados a decir verdad, sus manifestaciones inveraces no integraban tal delito, y, por el otro, que cometían el delito de falsedad ideológica cuando la manifestación inveraz del particular a través del documento público influía o trastocaba el tráfico jurídico, tenía virtud creadora de situaciones o estados de hecho o afectaba a extremos esenciales que el fedatario garantiza (sentencia de 31 de mayo de 1997 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).

judicial). Así, para que exista falsedad ideológica, quien ha de faltar a la verdad en la narración de los hechos es el emisor del documento que como tal es el responsable de su veracidad. Pretender extender esta modalidad falsaria a los particulares que comparecen ante el funcionario, para narrar hechos o hacer manifestaciones jurídicas de voluntad, es no solo trasladar a ese particular el deber de veracidad que solo incumbe a quien lo emite, sino también atribuir la falsedad a lo sería un falso testimonio solo si se produjera ante un juez y en determinadas circunstancias.

Por lo que se refiere al delito de autorización de matrimonio ilegal, recogido en el artículo 219 (*«El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente [...]»*), se exige que el autorizante tenga conocimiento de la causa de nulidad (en el caso de matrimonios de conveniencia, que tenga conocimiento de que el consentimiento es simulado o que no es un consentimiento válido). Así se recoge en el auto de 26 de diciembre de 2000 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en las diligencias abiertas por un presunto delito de matrimonio ilegal, por haberse autorizado un matrimonio *«in articulo mortis»* cuando uno de los contrayentes, dada su condición física, prestó consentimiento, en la única forma que tenía de comunicarse con el exterior: abriendo y cerrando los ojos y apretando la mano. El mencionado Tribunal entiende que *«El delito de autorización de matrimonio ilegal exige, según el artículo 219.1 del Código Penal, que el autorizante tenga conocimiento de la causa de nulidad, y el mismo presupone la realización de una autorización siendo plenamente consciente de una circunstancia que conduce a la nulidad. De la interpretación literal de la norma podría incluso estimarse que no se trata ya de que el autorizante se asegure de algún modo, desplegando una actividad investigadora, de que el contrayente puede válidamente prestar su consentimiento, sino de saber que no puede hacerlo»*. Para el Tribunal ese conocimiento no puede estimarse que concurría en la juez autorizante del matrimonio, por lo que desestima la apelación y confirma el archivo de las diligencias abiertas por un presunto delito de matrimonio ilegal.

Por su parte, la sentencia de 9 de julio de 1997 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por los condenados (los contrayentes y el funcionario autorizante), y absolvió a estos del delito de falsedad en documento oficial (la Audiencia Provincial entendió que lo constituían la celebración de tres matrimonios que se realizaron con el propósito único de servir de medio para obtener la nacionalidad española o el permiso de residencia de tres mujeres de nacionalidad extranjera), argumentando en su fundamento quinto lo que

sigue: «*Los matrimonios de complacencia, los matrimonios interesados o los matrimonios de conveniencia no pueden dar lugar a falsedad alguna, ni en el celebrante ni en los contrayentes, aunque uno y otros conozcan y consientan las particularidades del acuerdo, del interés o de la ventaja que se quiere obtener con tal unión. Podrá tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, más nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del Código Penal*». Sorprende, por lo que respecta al funcionario público, la impunidad de su conducta, pero la sentencia basa su absolución del delito de falsedad ideológica, según el fundamento mencionado, en la naturaleza no delictiva de los matrimonios de complacencia.

Sí hay condena penal en el caso analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 384/2011, de 4 de noviembre, que es significativa porque por primera vez se condena a un sacerdote por la celebración de numerosos matrimonios canónicos de conveniencia entre extranjeros y españolas. Importa señalar que se trata de una sentencia de conformidad, esto es, dictada con base en la conformidad prestada por los acusados y sus defensas a la acusación. En ella se declaran hechos probados la existencia de un grupo organizado que tenía por objeto la celebración de matrimonios canónicos fraudulentos entre extranjeros y españolas con la finalidad, previo pago de determinadas cantidades de dinero por parte del ciudadano extranjero, de legalizar su situación administrativa en España, «*consiguiéndoles, de esta forma, los correspondientes permisos de Residencia Familiar Comunitario y de Trabajo, en perjuicio del Estado Español y en beneficios de los propios acusados al obtener un enriquecimiento ilegal*». La mayoría de las veces, las tres acusadas, utilizando documentos de identidad sustraídos, comparecían en la parroquia y contraían matrimonio suplantando la personalidad de las titulares de los documentos, o bien, captaban a una persona, a la que ofrecían la posibilidad de ganar un dinero (entre 1.000 y 3.000 euros) por casarse con un extranjero. El párroco accedió a celebrar 51 matrimonios sin observar las exigencias del expediente previo matrimonial: no exigía la dispensa necesaria para salvar el impedimento de la disparidad de culto en el caso de celebración de matrimonios entre bautizados y no bautizados en la Iglesia Católica, ni las amonestaciones o proclamas correspondientes; se prestó a la búsqueda de domicilios inveraces e inexistentes en Zaragoza, para obviar así las necesarias amonestaciones en el lugar de residencia, ya que los contrayentes figuraban como residentes en otras ciudades españolas, la mayoría en Barcelona y algunos en Valencia; tampoco exigía los certificados de soltería; accedía a officiar las celebraciones en el mismo día en el que los contrayentes se

presentaban en la parroquia, sin haberles entrevistado previamente; e incorporaba a los expedientes partidas de bautismo falsas.

Los mujeres del grupo organizado fueron condenadas por el delito continuado de falsificación de documentos oficiales cometido por particulares (artículo 392.1 del Código penal en relación con los artículos 390.1 2º y 3º y 74 del mismo texto legal), por el delito continuado contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis) y por el delito continuado de usurpación de estado civil (artículos 401 y 74), a distintas penas de prisión y multa. Por su parte, el párroco fue condenado como autor de un delito continuado de falsificación de documentos oficiales, cometido por responsable de una confesión religiosa (390.1 2º, 3º, y 4º, 390.2 y 74), de un delito continuado contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis, 1 y 3) y de un delito continuado de usurpación del estado civil de las personas (artículos 401 y 74) a distintas penas de prisión. Además, como en el momento de su detención ofreció una fuerte oposición entablado un forcejeo con los agentes, fue condenado como autor de una falta de respeto a los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y a una falta de lesiones dolosas, a distintas penas de multa. Todos los acusados fueron condenados a indemnizar a las perjudicadas (titulares de los documentos nacionales de identidad utilizados) con 2.000 euros a cada una.

Además, la sentencia declara la nulidad de las inscripciones en el Registro civil de Zaragoza correspondientes a los cincuenta y un matrimonios amañados.

#### **D. LA NULIDAD DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA**

Ya se ha dicho que los matrimonios celebrados entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros, con el fin de obtener ventajas en el campo de la nacionalidad y la extranjería son matrimonios nulos, porque no concurre un verdadero consentimiento matrimonial.

El auténtico consentimiento matrimonial debe ser un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio.

El Código Civil, en su artículo 45.1, establece que *«No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»*, siendo nulo cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (artículo 73.1). Por su parte, el Código de Derecho Canónico establece, en el canon 1057, párrafo 1, que: *«El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir»*. En el párrafo 2 define el consentimiento matrimonial cuando dice: *«El consentimiento matrimonial es el acto de voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio»*.

Coinciden pues los dos ordenamientos que regulan la institución matrimonial -el civil y el canónico- en el efecto constitutivo del consentimiento matrimonial: el consentimiento es causa eficiente o verdadera causa constitutiva del matrimonio como acto jurídico.

En primer lugar, hay que recordar que, a diferencia de otros negocios jurídicos, en el matrimonio la autonomía de la voluntad de los contrayentes no entra a fijar las reglas de la relación constituida, ya que el régimen del matrimonio está directamente regulado en la ley, salvo lo relativo al régimen económico, de ahí que el consentimiento que el artículo 45 exige no es un consentimiento cualquiera, sino precisamente un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio. Si no es así, estaríamos ante un vicio de consentimiento que lleva acarreada la nulidad por tratarse de un matrimonio celebrado sin auténtico consentimiento matrimonial (artículo 73.1 del Código Civil). Y de aquí que los matrimonios de conveniencia sean nulos por falta de ese verdadero consentimiento.

Esta falta de verdadero consentimiento matrimonial se produce cuando en el momento de prestar el consentimiento la declaración de voluntad emitida por uno o ambos contrayentes -querer contraer matrimonio- no se corresponde con la real voluntad interna -en lo que a este trabajo respecta: querer obtener determinados beneficios en el campo de la nacionalidad y la extranjería-. Esto es, el consentimiento se emite en forma legal pero sin correspondencia con la voluntad interior, siendo, por lo tanto, un consentimiento simulado y, en consecuencia, un matrimonio nulo. Además, hay que recordar que la nulidad se produce no solo en los casos en que el consentimiento simulado se da en los dos contrayentes, sino también en los casos en que solo uno de ellos simula su consentimiento, prestándolo el otro de forma auténtica y verdadera.

La nulidad de estos matrimonios es automática o *ipso iure* («por virtud del Derecho»), esto es, viene determinada por la misma norma jurídica, sin necesidad de que ocurra un hecho o un acto (que sí se exige para la nulidad *ipso facto* o «por virtud del hecho»). Sus efectos se producen sin requerimiento o instancia de parte, lo cual no impide que haya de solicitarse la declaración de nulidad para terminar con la apariencia de matrimonio. También es insubsanable, ya que no cabe su convalidación por el transcurso del tiempo ni por confirmación y, por último, es absoluta, pues el matrimonio celebrado no produce ningún efecto, salvo los excepcionales que la ley otorga al matrimonio putativo<sup>203</sup>. Por todo ello, ningún funcionario puede autorizar un acto que de autorizarse sería nulo (artículo 247 del Reglamento del Registro Civil) y, en el caso de haberse celebrado ya el matrimonio, no debe autorizarse su acceso al Registro (artículo 27 de la Ley del Registro Civil y 63.2 y 65 del Código Civil), y ello de conformidad con los principios de legalidad y concordancia del Registro Civil con la realidad.

### 1. EL “IUS CONNUBII”

Es cierto que no todos los matrimonios celebrados entre un español y un extranjero o entre extranjeros pueden ser calificados a priori como matrimonios de conveniencia pues ello lesionaría el *ius connubii* de los contrayentes o derecho a contraer libremente matrimonio. La presunción jurídica juega a favor de la buena fe de los que celebran el matrimonio y de la validez del matrimonio contraído, hasta el punto de que, como veremos mas adelante, en caso de duda debe prevalecer el *ius connubii* y el matrimonio celebrado debe considerarse válido, ya que siempre queda la posibilidad de declarar nulo el matrimonio contraído inválidamente.

El *ius connubii* es un derecho subjetivo de toda persona consagrado internacionalmente<sup>204</sup> y reconocido por nuestra Constitución en su artículo 32, que dice así: «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer*

<sup>203</sup> La declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos del contrayente o contrayentes de buena fe (la buena fe se presume).

<sup>204</sup> Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948: «*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*»; artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966: «*Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*»; artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950: «*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*»; y artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 diciembre 2000: «*Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*».

*matrimonio con plena igualdad jurídica*». Por lo tanto, toda persona, español o extranjero, tiene derecho a contraer libremente matrimonio.

El ejercicio de este derecho solo puede prohibirse o limitarse cuando conste con certeza que existe un obstáculo o impedimento legal. Así, el Código Civil establece, en sus artículos 46 y 47, que no pueden contraer matrimonio:

- los menores de edad no emancipados,
- los que estén ligados con vínculo matrimonial,
- los parientes en línea recta por consaguinidad o adopción,
- los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y
- los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Se establece también en el mismo Código la posibilidad de dispensa de alguno de estos impedimentos. Así, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior puede dispensarse, a instancia de parte, por el Ministro de Justicia, y los impedimentos de grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años pueden dispensarse, con justa causa y a instancia de parte, por el Juez de 1ª Instancia. (La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes).

Estas prohibiciones representan un límite al *ius connubii* y si a pesar de ellas se celebra matrimonio entre las personas afectadas por ellas, el matrimonio será nulo cualquiera que sea la forma de su celebración (artículo 73 del Código Civil).

Fuera de estos límites claros, impedir o, en su caso, anular un matrimonio por considerar que es de conveniencia exige que los hechos comprobados sean suficientes para deducir de ellos, con la suficiente certeza jurídica, la existencia de una intención simuladora en, al menos, uno de los contrayentes.

Para la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia, estos, desde una perspectiva de Derecho Público -derecho de la nacionalidad y derecho de extranjería-, potencian el fraude a las normas de nacionalidad y extranjería, y «admitir la validez y la inscripción



*registral de estos matrimonios equivaldría a admitir un fraude de ley respecto a las normas que regulan los permisos de residencia en España, la reagrupación familiar y la concesión de nacionalidad española» e incluso «puede entenderse que fomentan la inmigración ilegal pues propician la entrada y residencia en España de sujetos que evitan las restricciones de estancia y residencia fijadas para los extranjeros en la normativa de extranjería».*

Por todo ello, la actuación de los encargados del Registro Civil ha de ser muy cautelosa porque su negativa a autorizar el matrimonio puede lesionar el *ius connubii*, pero si llegan al convencimiento de que el matrimonio es simulado y, por tanto, está afectado de una causa de nulidad de pleno derecho, deben evitar primero su celebración y en el caso de que se haya celebrado, impedir su inscripción en el Registro Civil. Se trata, en definitiva, de no dar efectos a un matrimonio nulo de pleno derecho y de que no se beneficie de la presunción de legalidad de los actos inscritos en el Registro Civil (por ejemplo, si no se otorgan capitulaciones, se crea una sociedad de gananciales entre personas que no tienen ninguna relación personal, sociedad que algún día habrá que disolver; surgen obligaciones entre los cónyuges, como los alimentos, que pueden ser reclamados por un cónyuge a otro; o la paternidad de los hijos de la esposa se atribuye «*ex lege*» al marido en virtud de la presunción de paternidad sobre los hijos matrimoniales).

En definitiva, el “*ius connubi*” no debe ser indebidamente coartado pero simultáneamente debe evitarse que al amparo de este derecho se produzcan fraudes contra la legislación en materia de extranjería o nacionalidad por la apariencia de matrimonios falsos o viciados por causas de nulidad absoluta.

## 2. LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

La prueba de la simulación, que recaerá naturalmente sobre quien niegue la correspondencia entre lo internamente querido y lo manifestado, presenta serias dificultades, como la de todo acto interno contradictorio con su manifestación. De aquí que se parta de la presunción de que la voluntad interna coincide con la declarada, de forma que quien alegue la simulación tendrá que probarla con los medios admitidos en Derecho, haciendo especial hincapié en la *causa simulandi*, esto es, en el caso que nos ocupa, el beneficio que se pretende obtener en materia de nacionalidad o permisos de residencia.

Los encargados del Registro Civil deben controlar la legalidad y autenticidad del consentimiento matrimonial con arreglo a la ley española cuando uno de los contrayentes sea español o, cuando siendo ambos extranjeros, deba igualmente ser aplicada en ejecución de la cláusula del orden público por admitir la ley extranjera los matrimonios simulados<sup>205</sup>.

Como dice BRIONES MARTINEZ, «*Si la voluntad interna y verdadera no se determina mediante un pacto o condición realizada de modo externo o público es muy difícil la prueba. Tanto si constan o no estos elementos de prueba –pacto o condición– hay que descubrir siempre cuál es la causa de la simulación, que debe ser grave y proporcionada, atendiendo a los motivos que la constituyen*»<sup>206</sup>.

Es difícil constatar, con la certeza jurídica requerida, la ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial, pues es raro que existan pruebas directas de la voluntad simuladora. La dificultad de encontrarlas nos lleva a acudir al sistema de las presunciones judiciales<sup>207</sup>, tal y como dispone el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: «*A partir de un hecho admitido o probado se puede presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*»<sup>208</sup>, esto es, a partir de ciertos datos (las declaraciones de los contrayentes<sup>209</sup> o de terceras personas, cualquier otra información escrita y cualesquiera otros datos) se puede deducir la existencia de otro hecho, que en el caso que nos interesa sería la existencia de un consentimiento matrimonial simulado.

Para MUÑOZ SABATE<sup>210</sup>, refiriéndose fundamentalmente a la prueba en el proceso civil, la convicción descansa en todos los casos sobre

<sup>205</sup> Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia. (Punto IX).

<sup>206</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. “La prueba en la simulación parcial por exclusión del bien de la prole”. *Separata de XXII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*. Asociación española de canonistas. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2003. pp.571-572.

<sup>207</sup> CARNELUTTI entendía que los indicios pertenecen a la dogmática del derecho penal y las presunciones a la del derecho civil, afirmando que el diverso nombre para denotar el mismo concepto no tiene otra razón de ser que la de la falta de contacto entre las dos ramas del derecho. BELLOCH JULBE, Juan Alberto. “La prueba indiciaria”. En: *La sentencia penal*. Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.

<sup>208</sup> Se aplica este artículo a las actuaciones registrales en virtud del artículo 4 de la misma ley que recoge el principio de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos no civiles, y más específicamente en el artículo 16 del Reglamento del Registro Civil que declara de aplicación supletoria a la actividad registral las normas de la jurisdicción voluntaria, respecto de las cuales, a su vez, son supletorias las del procedimiento ordinario.

<sup>209</sup> Recuérdese la importancia del trámite de audiencia previa y por separado de los contrayentes, en la tramitación del expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995).

<sup>210</sup> MUÑOZ SABATE, Luis. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Editorial Praxis, S.A. 4<sup>a</sup> Edición. Barcelona, 1993. pp 207 y ss.

presunciones. Se presume aquello que no consigue alcanzarse con una evidencia absoluta, y puesto que ninguna prueba es capaz de proporcionárnosla, decimos que en definitiva toda prueba se basa en meras presunciones. De aquí el método lógico de valoración de la prueba, método típicamente inferencial y que discurre siempre desde algo conocido o algo por conocer, con distintos escalones intermedios según sea la mayor o menor complejidad del razonamiento y con aplicación de la máxima de la experiencia. Hay casos en que, un vez contrastado firmemente el instrumento probatorio de modo que no quepa duda acerca de su autenticidad y veracidad, el juzgador pasa automáticamente a la conclusión del juicio histórico sin apenas realizar ningún otro juicio intermedio, esto es, en un gran número de casos, la crítica instrumental agota todo el trabajo de valoración de la prueba. En otros supuestos, el instrumento probatorio solo nos ha proporcionado la evidencia respecto a un hecho intermedio, un hecho extraño a la discusión del cual deberemos inferir, en una segunda etapa, el hecho histórico controvertido. De aquí que se afirme que la presunción envuelve un delicadísimo juicio de razón, siendo la prueba más aséptica y de mayor carga y rigor intelectual.

La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene declarado en su sentencia de 14 de mayo de 2010 que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado, si, como establece el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existe entre ellos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Y *«solo cuando sentada la realidad del hecho-base, el tribunal se aparta de tales reglas para llegar a conclusiones ilógicas en su proceso deductivo, puede entenderse que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) [...]»*. Por tanto, a pesar de que la valoración de la prueba corresponde al juzgador de instancia, esta Sala ha admitido la revisión en casación de las reglas del criterio humano recogidas antes en el artículo 1253 del Código Civil y en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y a estas reglas del criterio humano o de la sana crítica se refiere la sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2002 (ponente Calvo Cabello), cuando afirma que *«aunque el legislador no las define, no resulta difícil percibir qué sean estas reglas. Crítica racional, sana filosofía, buen sentido aplicado con recto criterio, prudente apreciación, sana lógica y libre convicción son conceptos equivalentes o al menos afines utilizados por otras legislaciones y por la doctrina, de suerte que bien puede asumirse que las reglas de la sana crítica son las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia»*.

Por su parte, la sentencia de 27 de febrero de 1998 de la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró la necesidad de acudir a la prueba de presunciones a que se refiere el artículo 1253 del Código Civil<sup>211</sup> para apreciar la realidad de la simulación, ya que *«al ser grandes las dificultades de la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba de presunciones»*.

Todo esto es aplicable por el encargado del Registro Civil y, en su caso, por la Dirección General de Registros y del Notariado, cuando, partiendo de unos hechos o datos conocidos, deducen, basándose en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, otro hecho desconocido, como sería la celebración de un matrimonio de conveniencia.

Estos hechos o datos objetivos, que permiten deducir la voluntad simuladora de los contrayentes, fueron recogidos por el Consejo de la Unión Europea, en su Resolución de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, y también en la Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de conveniencia dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Son los siguientes:

- a) El no mantenimiento de vida en común. Es un dato valorable el hecho de que la convivencia posterior a la celebración del matrimonio se haya limitado a unos pocos días o, por el contrario, haya tenido una duración más prolongada en el tiempo (respecto a la convivencia anterior hay que distinguir entre su inexistencia o breve duración, que en ningún caso puede ser apreciada como indicio del matrimonio de conveniencia, y la larga duración, que habla a favor de un consentimiento auténtico). El tiempo de la convivencia se acreditará por las declaraciones concordes de los contrayentes, por el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento o por el nacimiento de un hijo en común.
- b) La ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio. Este es uno de los datos que por sí solo nada dice de una posible intención simuladora de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial, ya que es posible

---

<sup>211</sup> Artículo derogado por el la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las presunciones se rigen ahora por los artículos 385 y 386 de esta Ley.

que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, y el otro aporte el cien por cien de tales recursos. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado un indicio favorable al auténtico consentimiento matrimonial la contribución periódica al sostenimiento económico<sup>212</sup>. Y por el contrario, ha considerado un indicio favorable al consentimiento simulado<sup>213</sup> el desentendimiento por parte de un cónyuge del sostenimiento económico. Es obvio que la situación socio-económica precaria de los contrayentes por sí sola no justifica la existencia de simulación.

- c) El hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio. En este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 1999<sup>214</sup> contiene los siguientes hechos inequívocos del desconocimiento mutuo de los contrayentes y de su voluntad simuladora del consentimiento matrimonial: *«Se conocieron personalmente cuatro días antes de la boda y antes por medio de unas amigas de ella que viven en España; antes de conocerse personalmente ya habían decidido la boda por teléfono; ella desconoce el domicilio de su esposo, cuál fue su profesión, el lugar de su nacimiento, el nombre de su madre y los nombres y edades de sus hermanos; él por su parte tampoco supo decir el nombre de su suegra, el domicilio de su esposa y su número de teléfono».*
- d) El hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo) y sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado valoran el modo en que se conocieron los contrayentes (por una foto proporcionada por algún pariente o amigo, por teléfono, por carta, por video, por internet, etc); el modo en que tomaron la decisión de contraer matrimonio (por ejemplo, por teléfono antes de conocerse personalmente); así como el momento de la llegada al país donde va a celebrarse el matrimonio por el contrayente no residente, pues a veces no se produce hasta el mismo día de la boda. Así, entre otras<sup>215</sup>, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de septiembre de 2004 se deniega la autorización para contraer

<sup>212</sup> Resoluciones, entre otras, de 6 de julio, 2 de octubre y 14 de diciembre de 1998.

<sup>213</sup> Resoluciones, entre otras, de 13 de octubre de 1999.

<sup>214</sup> Repertorio de Aranzadi 1999, núm. 10123.

<sup>215</sup> Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado núm. 1/2003 y 2/2003, de 7 de febrero.

matrimonio civil entre un español y una dominicana porque del trámite de audiencia reservada a cada uno de los contrayentes ante el encargado del Registro Civil resultan determinadas contradicciones que llevan a la conclusión de que el matrimonio que se pretende contraer persigue una finalidad distinta de la propia de esta institución. Esto es, discrepan en cuanto al lugar en que se conocieron, el lugar de trabajo, el tiempo de convivencia, el nivel de estudios de ella y tampoco coinciden ninguno de los dos al señalar las aficiones del otro. Además, pese al considerable tiempo de convivencia, él ignora el nombre de la madre y de los hermanos de ella, el número de éstos y, lo que es más significativo, que ella tiene un hijo. Si a esto se añade que a la interesada le ha caducado el permiso de residencia y -sin ser por sí solo hecho determinante- que existe una considerable diferencia de edad entre los interesados (veintiséis años), se acuerda confirmar la denegación de la autorización para contraer matrimonio<sup>216</sup>. No llega a la misma conclusión la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 13 de junio de 2005. En ella se resuelve un recurso contra la denegación de la autorización de matrimonio civil entre un hombre de nacionalidad nigeriana y una mujer, nacida en Nigeria, pero con nacionalidad española. A pesar de que en la audiencia reservada y por separado que se les practicó en la tramitación del expediente se pusieron de manifiesto numerosas discrepancias y que desconocían datos sobre las circunstancias personales, familiares y sociales de la otra persona que eran básicas<sup>217</sup>, para la Dirección General no puede desconocerse *«la abundante justificación documental y gráfica aportada con el escrito del recurso que acredita, mediante el certificado del padrón municipal y diversa documentación epistolar y comercial, la convivencia de los interesados en el mismo domicilio desde septiembre de 2002 [el 5 de marzo de 2004 iniciaban el expediente de autorización para contraer matrimonio civil], lo cual puede no ser suficiente para negar con seguridad la simulación, pero sí para impedir la convicción concluyente y sin dudas de su existencia»*, por lo que el matrimonio ha de ser autorizado.

- e) El hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos. En estos casos es clara la imposibilidad o dificultad de

---

<sup>216</sup> En el mismo sentido, entre otras, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 2006.

<sup>217</sup> Él desconoce la edad y los estudios de ella, el lugar, modo y momento en que se conocieron; también dice que ella trabaja de limpiadora, manifestación que se contradice con la afirmación de esta de que no trabaja; y, por último, no recuerda el nombre y número de las hermanas de ella, ni el nombre de alguno de los hermanos.

entendimiento entre ambos y la necesidad de comunicarse a través de terceras personas que les sirven de intérpretes, pero no es suficiente para poder concluir que el consentimiento matrimonial es simulado. No ocurre así si va acompañado de otro elemento, como el que los contrayentes se hayan conocido unos días antes de la boda. Es el caso contemplado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de noviembre de 1995, que confirma la negativa a inscribir en el Registro consular español en Pekín un matrimonio celebrado en China entre un nacional español y una nacional china: *«Los contrayentes se conocieron personalmente unos días antes de la boda; ella no habla español y el no habla chino y se comunican por medio de una hermana de aquella que actúa de intérprete; sus contactos anteriores por teléfono son, pues, difícilmente comprensibles»*.

- f) El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal). No hay duda de que este dato es muy significativo de que nos encontramos en presencia de un matrimonio de conveniencia. La cantidad de dinero es la compensación para el contrayente que se presta a «figurar» en la celebración del matrimonio. En las noticias aparecidas en la prensa sobre las desarticulaciones de redes que ofrecen matrimonios de conveniencia a inmigrantes se recoge que estos matrimonios tenían un coste para el extranjero entre 8.000 y 15.000 euros, de los que se pagaba al contrayente español entre 3.000 y 6.000 euros<sup>218</sup>.
- g) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia. Se valora, a efectos de la presunción de simulación, la denegación anterior de autorización para contraer matrimonio civil o para inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero, la denegación anterior de un visado para entrar en España, la situación de residencia sin permiso del contrayente extranjero en España, la expulsión anterior del contrayente extranjero del territorio español por decisión administrativa firme o la prohibición de entrar en España. No obstante, el hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería no permite deducir automáticamente la intención simuladora de los

---

<sup>218</sup> Diario El País. 10.06.2008

contrayentes (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 y 27 de octubre de 2004 y 20 de octubre de 2005).

h) La existencia de una notable diferencia de edad entre los contrayentes. Ocurre aquí igual que con el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos: la diferencia de edad por sí sola es insuficiente para apreciar la existencia de simulación, pero unida a otras circunstancias contribuye a presumirla (en mi opinión, incluso como circunstancia complementaria es endeble). La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de julio de 1996 confirmó una denegación basada en los siguientes hechos: *«El es un soltero español, nacido en 1974 y ella una viuda cubana nacida en 1934; y que ésta ha declarado que no recuerda cuándo ni dónde conoció a su esposo; que ignora lo que hacía éste en La Habana cuando lo conoció, así como las aficiones de su esposo y sus estudios o profesión, y que desconoce también el empleo del mismo y si dispone de medios económicos»*. En este caso, es claro que además de la diferencia de edad -cuarenta años- concurría un dato tan relevante como es el desconocimiento de datos significativos sobre su esposo, formando todo ello un conjunto suficiente para rechazar lo que era un matrimonio simulado. Sin embargo, en la Resolución de 14 de julio de 1999, la Dirección General de los Registros y del Notariado, conociendo del recurso interpuesto contra un auto del encargado del Registro Civil que denegaba la celebración del matrimonio civil entre un español y una marroquí, concluía de otra forma. Para el encargado del Registro *«la diferencia de edad, al ser ella mayor que él, y la situación socioeconómica de ella conducen a entender que se trata de un matrimonio de conveniencia, concertado familiarmente y con un propósito distinto de los fines del matrimonio civil español»*. Por el contrario, para la Dirección General *«tales circunstancias»* -diferencia de edad y la situación socioeconómica de la contrayente- *«no justifican por sí solas en modo alguno la consecuencia extrema de impedir el ius nubendi»*.

i) La celebración del matrimonio por poderes entre personas de distinta nacionalidad ha sido considerada por la jurisprudencia civil española algunas veces, con otras circunstancias, como un indicio favorable a la simulación del consentimiento matrimonial aunque tampoco por sí solo es motivo suficiente para la denegación de la autorización del matrimonio. Sí lo es cuando se dan los hechos como los que se describen en la Resolución de 22 de febrero de 2000: *«En este caso*



*concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado por poder en Cuba entre un español y una cubana el 31 de agosto de 1998 y hay en él los siguientes hechos objetivos comprobados: se han casado por poder sin que nunca se hayan visto personalmente; se pusieron en contacto por teléfono, ya que su número se lo dio una amiga; ella no conoce con exactitud a qué se dedica él y solamente sabe que vive solo, sin poder aportar más datos sobre las circunstancias personales y familiares de él. De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguna arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su inmediación a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos». En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de febrero de 2000 recoge lo siguiente: «En el caso actual en el que intentan contraer matrimonio por poder un cubano y una española hay una serie de datos objetivos de los que es lógico deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. En efecto, él tiene treinta y tres años menos que ella; desconoce dónde nació ella y la fecha de su nacimiento; sólo conoce a ella por una vez que ésta viajó a La Habana; no sabe si ella estuvo antes casada o si sus dos hijas son de madre soltera; no conoce las aficiones de ella, y no hay prueba alguna de que ambos hayan mantenido previamente cualquier tipo de relaciones».*

La determinación y valoración de todos los hechos anteriores se ha de realizar, como ya he dicho, de forma que permita compatibilizar un doble objetivo: por un lado, garantizar el pleno ejercicio del *ius connubii* como derecho fundamental de la persona y, por otro, evitar que la falsa apariencia de matrimonio que resulta cuando el consentimiento matrimonial se simula pueda acceder al Registro Civil como si de una verdadera unión matrimonial se tratase.

De todos los anteriores, para la Dirección General de los Registros y del Notariado, según su Instrucción sobre los matrimonios de conveniencia de 31 de enero de 2006, los datos básicos que permiten inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos:

- a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y familiares del otro, y
- b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes.

Y así, se considera que existe un auténtico consentimiento matrimonial cuando un contrayente conoce «*los datos personales y familiares básicos*» del otro contrayente, datos que no se recogen en una lista cerrada pues varían según las circunstancias del caso. Por ejemplo: fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes y hábitos notorios, nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número e identidad de los familiares mas próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes.

El conocimiento de estos datos básicos personales debe ser un conocimiento suficiente, no un conocimiento exhaustivo.

Además, el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro y evidente, de forma que el desconocimiento de un solo dato personal o familiar básico no es relevante para inferir automáticamente la existencia de un matrimonio simulado. Debe hacerse, pues, una valoración del conjunto.

No ocurre así respecto a otros datos personales del contrayente que son meramente accesorios o secundarios, por ejemplo el conocimiento personal de los familiares del otro contrayente o hechos de la vida pasada de ambos contrayentes, ya que su conocimiento no es relevante en sí mismo, aunque puede ayudar a la autoridad española a tener una certeza sobre la simulación o autenticidad del matrimonio, especialmente en casos dudosos.

No cabe duda de que resulta de gran importancia la pericia del encargado del Registro Civil al formular las preguntas, pues no se trata solo de preguntar sino de saber cómo hacerlo, ya que son muchos los que acuden a celebrar estos matrimonios fraudulentos aleccionados sobre el tipo de cuestiones que les van a plantear. Esta comparecencia se puede realizar de acuerdo con los criterios de ejecución siguientes:

*«1.- Interrogatorio, en primer lugar, de quien consideramos que nos va a dar más información, dejando para después el interrogatorio del otro instante del expediente.*

*2.- Uso de la técnica de interrogatorio envolvente con preguntas trampa»<sup>219</sup>.*

---

<sup>219</sup> MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco. “La tutela registral efectiva. Expedientes de matrimonio”. En: Curso del Plan de Formación Territorial de Jueces y Magistrados, organizado por el Consejo General del

Así las cosas, teniendo en cuenta, por un lado, la presunción general de buena fe y, por otro, el *ius nubendi* como derecho fundamental de la persona, es necesario que el encargado del Registro alcance una certeza moral plena de estar ante un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción. Y todo ello con arreglo a los criterios de la sana crítica, esto es, con arreglo a criterios valorativos racionales y a las máximas de experiencia común.

De esta forma, si la convicción de la simulación no es plena, el matrimonio debe autorizarse o, en su caso, inscribirse. Y si después surgen datos o hechos que hagan dudar de la existencia y autenticidad del consentimiento matrimonial, queda la posibilidad, como ya he dicho, de instar judicialmente la nulidad del matrimonio por los cónyuges, el Ministerio Fiscal o cualquier persona con interés directo y legítimo en ella (artículo 74 del Código Civil). En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 5 de marzo de 2002, establece: *«La demandada no quiso realmente contraer matrimonio sino simplemente utilizar dicho negocio jurídico como modo para lograr su residencia o nacionalidad española; en efecto, el escaso tiempo de relaciones prematrimoniales o de noviazgo, la diferencia de edad (66 años el actor y 24 la demandada), el muy escaso tiempo de convivencia matrimonial y la desaparición sin justificación alguna acreditada del domicilio conyugal por parte de la demandada, así como su movilidad geográfica por distintas ciudades españolas, ha de llevar razonablemente a la conclusión de que ciertamente la demandada no quiso en realidad contraer matrimonio sino valerse del mismo para lograr su residencia o nacionalidad española; no habiendo existido, pues, consentimiento válido para contraer matrimonio; es claro que concurre la causa de nulidad antes citada, sin que pueda por tanto reputarse de gratuita o carente de fundamentación la convicción del Juzgado de Instancia»*.

Si por el contrario se rechaza la autorización o la inscripción del matrimonio al existir sospechas de simulación en el matrimonio siempre es posible instar posteriormente la inscripción si surgen nuevos datos relevantes pues en el ámbito del Registro Civil no rige el principio de cosa juzgada.

Por último, hay que recordar que el encargado del Registro que aplica las presunciones debe incluir en su resolución -de modo expreso- el razonamiento en virtud del cual ha establecido la presunción (el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige al juzgador que en la sentencia

deberá incluir el razonamiento en virtud del cual ha establecido la presunción). Debe evitarse la utilización de modelos formularios que no alcanzan el requisito imprescindible de la motivación de la resolución. Y esto es así porque frente a la formulación de una presunción judicial, cualquiera de los contrayentes puede practicar una prueba en contrario dirigida a demostrar la inexistencia del indicio tomado en cuenta o la irracionalidad del proceso mental seguido o la existencia de otra conclusión tan razonable como la formulada. Destruído el indicio, los efectos son inmediatos: se hace inviable cualquier proceso lógico y racional destinado a concluir que el matrimonio es simulado y se hace inconsistente la conclusión sobre la simulación; demostrado que el proceso mental que conduce a la conclusión es irracional o ilógico, ésta es inválida; y demostrada la existencia de otra hipótesis tan razonable como la referente a la simulación del matrimonio, ésta no puede ser mantenida.

## **E. ESPECIAL REFERENCIA AL MATRIMONIO CANÓNICO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Los sistemas matrimoniales contemporáneos no pueden desconocer la importancia vertebradora de los derechos fundamentales y, concretamente, de la libertad religiosa.

Ya se ha dicho que el derecho a contraer matrimonio está consagrado en el artículo 32 de la Constitución, cuyo apartado 1º dispone: *«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»*. En su apartado 2º deja un amplio margen de apreciación al legislador y establece una reserva de ley cuando dice: *«La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»*, correspondiendo al Código Civil la regulación del régimen matrimonial en sus artículos 42 y siguientes.

Por otra parte, la Constitución de 1978 ha supuesto un cambio en la tradicional actitud del Estado ante el hecho religioso pues consagra, como derecho fundamental, en su artículo 16, la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades en que se integran, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. De esta forma, nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. También en dicho artículo se establece que ninguna confesión tendrá carácter estatal y, por ello, los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de

cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones mediante la adopción de Acuerdos o Convenios de cooperación.

El derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto comprende, según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, en su artículo 2.1 b), el derecho de toda persona a «[...] *celebrar sus ritos matrimoniales* [...]», esto es, que la celebración del matrimonio y, en especial, la prestación del consentimiento se realice siguiendo los ritos y normas de las correspondientes confesiones religiosas.

El sistema matrimonial español se inspira principalmente en dos derechos fundamentales: el *ius connubii* o derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 32, y el derecho a la libertad religiosa e ideológica del artículo 16, ambos interpretados conforme a las normas del Derecho internacional, en aplicación del artículo 10.2, todos ellos de la Constitución Española.

Por lo tanto, toda persona puede elegir celebrar su matrimonio en forma civil o, de acuerdo con sus convicciones, en forma religiosa. Para el derecho español, un matrimonio religioso es el celebrado válidamente conforme a una confesión religiosa que esté inscrita y reconocida por el Estado. En España se permiten los siguientes:

- El matrimonio canónico, celebrado según las normas del ordenamiento canónico, ante el ordinario del lugar o párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos, y dos testigos.<sup>220</sup>
- El matrimonio evangélico, celebrado conforme a las normas del Código Civil ante el ministro de culto (pastor protestante) y, al menos, dos testigos mayores de edad.<sup>221</sup>
- El matrimonio israelita, celebrado conforme a las normas del Código Civil, ante el ministro de culto (rabino) y, al menos, dos testigos mayores de edad<sup>222</sup> y,

---

<sup>220</sup> Artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos y cánones 1055 a 1140 del Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983.

<sup>221</sup> Artículos 59 del Código Civil y 7 y 3 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

<sup>222</sup> Artículos 59 del Código Civil y 7 y 3 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

- El matrimonio musulmán, celebrado conforme a las normas del Código Civil, ante el imán o dirigente islámico y, al menos, dos testigos mayores de edad.<sup>223</sup>

El artículo 49 del Código Civil dispone que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código o en la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

En el caso de que ambos contrayentes sean extranjeros, el artículo 50 del Código Civil establece que podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

Como ya se ha dicho, cualquiera que sea la forma, todos estos matrimonios producen efectos civiles desde su celebración, esto es, se crea un vínculo jurídico entre los cónyuges, por el que se adquiere el estado civil de casado, que les impide contraer nuevo matrimonio mientras el vínculo subsista y es el fundamento de los demás derechos y obligaciones que existen entre ellos y que se recogen en los artículos 67 y 68 del Código Civil: el respeto, la ayuda mutua, la actuación en interés de la familia, la vida en común, la fidelidad y el socorro mutuo. Además, otro efecto jurídico de la mera celebración del matrimonio es la determinación de la filiación matrimonial y la patria potestad conjunta, que conlleva deberes y facultades como velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles, procurarles una formación integral, representarles y administrar sus bienes (artículo 108 y siguientes del Código Civil).

## 8. LA IGLESIA Y LA INMIGRACIÓN

De los distintos matrimonios religiosos que pueden celebrarse en España, hago una especial referencia al matrimonio canónico ya que es el mayoritario en la sociedad española, y también, como veremos, es utilizado por aquellos extranjeros que quieren burlar la legislación de extranjería y beneficiarse del régimen legal aplicable a los extranjeros cónyuges de un ciudadano español.

---

<sup>223</sup> Artículos 59 del Código Civil y 7 y 3 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España.

Para abordar el matrimonio canónico de conveniencia creo necesario comenzar con una exposición de la postura de la Iglesia Católica ante el fenómeno de la inmigración, ya que es consciente, desde hace mucho tiempo, de la problemática que plantea este fenómeno en diferentes ámbitos, para después referirme a la doctrina canónica sobre el matrimonio, en concreto, a la simulación del consentimiento y, por último, analizar las medidas adoptadas para evitar los matrimonios de conveniencia en el seno de la Iglesia.

Ya en el año 1995, el Papa Juan Pablo II, con motivo de la Jornada Mundial del Migrante y del Refugiado<sup>224</sup>, decía lo siguiente: *«el fenómeno de las migraciones, con su compleja problemática, interpela, hoy más que nunca, a la comunidad internacional y a todos y a cada uno de los Estados. Estos, por lo general, tienden a intervenir mediante el endurecimiento de las leyes sobre los emigrantes y el fortalecimiento de los sistemas de control de las fronteras y las migraciones pierden así la dimensión de desarrollo económico, social y cultural que poseen históricamente»*. Para el Sumo Pontífice, la emigración estaba tomando características de emergencia social, sobre todo por el aumento de los emigrantes irregulares, y en la solución de este problema la actitud de la sociedad a la que llegan desempeña un papel importante, por lo que es necesario que la opinión pública esté bien informada sobre la situación real en que se encuentra el país de origen de los emigrantes, los dramas que viven o los riesgos que correrían si volvieran. La miseria y la desdicha que les afectan en muchos casos son un motivo más para salir generosamente al encuentro de los inmigrantes. Consciente pues de las notables proporciones que había cobrado el fenómeno de los emigrantes irregulares, el Papa Juan Pablo II aludía a la necesidad de la armonización de las legislaciones de los países interesados, entre otras cosas, *«para distribuir mejor las cargas de una solución equilibrada»* y evitar *«recurrir al uso de reglamentos administrativos encaminados a restringir el criterio de pertenencia familiar, y que, como consecuencia, impulsan injustificadamente fuera de la legalidad a personas a las que ninguna ley puede negar el derecho a la convivencia familiar»*. Los compromisos anteriores reflejan la protección de la Iglesia al ser humano, como veremos en los documentos que se examinan a continuación, porque -sigue diciendo el Papa Juan Pablo II- *«para la Iglesia nadie es extranjero, y la Iglesia no es extranjera para ningún hombre y en ningún lugar. Como sacramento de unidad y, por tanto, como signo y fuerza de agregación de todo el género humano, la Iglesia es el lugar donde también los emigrantes ilegales son reconocidos y*

<sup>224</sup> Juan Pablo II. *Mensaje con ocasión de la Jornada Mundial del Migrante y Refugiado*, 25 de julio de 1995. Disponible en Web: <http://www.uc.cl/facteo/magisterio/pleno/rtf/09JPIImask106.rtf>. [Consulta: 31 de marzo de 2011].

*acogidos como hermanos. Para el cristiano el emigrante no es simplemente alguien a quien hay que respetar según las normas establecidas por la ley, sino una persona cuya presencia lo interpela y cuyas necesidades se transforman en un compromiso para su responsabilidad».*

Consciente también de la magnitud del fenómeno migratorio, el Papa Benedicto XVI, en su Mensaje para la Jornada Mundial del Emigrante y del Refugiado en el año 2006, calificaba la emigración como «*uno de los signos de nuestro tiempo*» y en el del año 2013, recogiendo lo dicho en su Encíclica *Caritas in veritate*, subraya que los flujos migratorios son «*un fenómeno que impresiona por sus grandes dimensiones, por los problemas sociales, económicos, políticos, culturales y religiosos que suscita, y por los dramáticos desafíos que plantea a las comunidades nacionales y a la comunidad internacional*» ya que «*todo emigrante es una persona humana que, en cuanto tal, posee derechos fundamentales inalienables que han de ser respetados por todos y en cualquier situación*».

Para la Iglesia, tanto los emigrantes como las sociedades de acogida forman parte de una sola familia, y todos tienen el mismo derecho a gozar de los bienes de la tierra, cuya destinación es universal, como enseña la doctrina social de la Iglesia, constituyendo el fundamento de la solidaridad que predica.

La Iglesia actúa en relación con las migraciones desde distintas dimensiones<sup>225</sup>. Por un lado, contempla las migraciones bajo el perfil de la

---

<sup>225</sup> Solo como muestra de la actuación de la Iglesia:

- Los Hermanos Franciscanos de la Cruz Blanca en Algeciras tienen dos hogares donde acogen a los inmigrantes, la mayoría africanos, llegados en pateras a las costas de Almería.
- Las Hermanas de la Inmaculada Concepción, cuya Casa Madre, situada en la madrileña calle de Fuencarral, acogía desde sus inicios (1876) a personas en riesgo de exclusión social y ahora acoge a las mujeres que llegan a España y les ofrecen cursos de cocina, plancha y limpieza, para que puedan acceder a un empleo como trabajadoras domésticas, cursos de peluquería, etc, creando una bolsa de empleo para ellas.
- Los jesuitas, desde su Centro Pueblos Unidos, en el barrio madrileño de la Ventanilla, ofrecen a los inmigrantes programas de ayuda jurídica, fomento de la educación, acciones de cohesión social y otras iniciativas pastorales. También tienen una participación muy activa en el centro de internamiento de extranjeros de Aluche, visitando a internos y ofreciéndoles ayuda y orientación jurídica en defensa de sus derechos.

Quiero destacar la ayuda que prestan los cientos de voluntarios que hacen posible que las acciones de los religiosos se lleven a cabo. Así, el citado Centro Pueblos Unidos cuenta con más de 250 voluntarios que el pasado año 2012 atendieron a más de 3.000 personas orientándolas en los diferentes ámbitos de los que se ocupan.

Esta información proviene de un artículo publicado en el Diario La Razón con motivo de la celebración de la Jornada del Emigrante, el 20 de enero de 2013.



pobreza y de los sufrimientos, que con frecuencia produce dramas y tragedias. A este aspecto destina las ayudas sociales, con la generosa dedicación de grupos e individuos, asociaciones de voluntariado, organizaciones parroquiales y diocesanas, en colaboración con todas las personas de buena voluntad. Por otro lado, la Iglesia pone de manifiesto los aspectos positivos, las buenas posibilidades y los recursos que comportan las migraciones. Aquí se incluyen las acciones de acogida –la promoción de la integración, la formación de los inmigrantes y su evangelización- que favorecen y acompañan una inserción integral de los inmigrantes, así como de los solicitantes de asilo y refugiados en el nuevo contexto socio-cultural, sin olvidar la dimensión religiosa, esencial para la vida de cada persona.

Y en atención a la dimensión religiosa de cada persona -tarea más importante y específica de la Iglesia- y por lo que respecta a los fieles cristianos provenientes de diversas zonas del mundo, se incluye el diálogo ecuménico y la atención de las nuevas comunidades. Y respecto a los fieles católicos se expresa, entre otras cosas, en la creación de nuevas estructuras pastorales, la valorización de los diversos ritos y la plena participación en la vida de la comunidad eclesial local.

En definitiva, la Iglesia no se dedica a un mero asistencialismo sino que pretende favorecer la auténtica integración en una sociedad donde todos y cada uno sean miembros activos y responsables del bienestar del otro, pues *«en verdad, los que emigran alimentan la esperanza de encontrar acogida, de obtener ayuda solidaria y de estar en contacto con personas que, comprendiendo las fatigas y la tragedia del prójimo, y también reconociendo los valores y los recursos que aportan, estén dispuestos a compartir humanidad y recursos materiales con quien está necesitado y desfavorecido»* reiterando que *«la solidaridad universal, que es un hecho y un beneficio para todos, es también un deber»* (Enc. *Caritas in veritate*, 43).

La Iglesia reconoce el derecho de los Estados a regular los flujos migratorios y adoptar políticas dictadas por la exigencia general del bien común, pero siempre garantizando el respeto de la dignidad de toda persona humana. El derecho de la persona a emigrar es uno de los derechos humanos fundamentales, facultando a cada uno a establecerse donde considere más oportuno para una mejor realización de sus capacidades y aspiraciones y de sus proyectos, como recuerda la Constitución conciliar *Gaudium et spes*, 65. Aunque antes que el derecho a emigrar, hay que reafirmar el derecho a no emigrar, esto es, a tener las condiciones para

permanecer en la propia tierra, repitiendo como el Beato Juan Pablo II que *«es un derecho primario del hombre vivir en su propia patria»*. Y partiendo del derecho a emigrar, la atención hay que ponerla en la integración, pues mientras que hay emigrantes que alcanzan una buena posición y viven con dignidad, con una adecuada integración en el ámbito de acogida, son muchos los que viven en condiciones de marginalidad y, a veces, de explotación y privación de los derechos humanos fundamentales o que adoptan conductas perjudiciales para la sociedad en la que viven.

El camino de la integración incluye derechos y deberes, atención y cuidados a los emigrantes para que tengan una vida digna, pero también atención por parte de los emigrantes hacia los valores que ofrece la sociedad en la que se insertan. En el Mensaje del Papa para la Jornada Mundial del emigrante y del refugiado de 2011 se dice que los emigrantes tienen el deber de integrarse en el país de acogida, respetando sus leyes y la identidad nacional y, recogiendo lo dicho por Juan Pablo II, en su Mensaje de 2001, se añade que *«se trata, pues, de conjugar la acogida que se debe a todos los seres humanos, en especial si son indigentes, con la consideración sobre las condiciones indispensables para una vida digna y pacífica, tanto para los habitantes originarios como para los que han llegado»*.

La Curia Romana tiene encomendada la atención pastoral del fenómeno migratorio al Consejo Pontificio para la Atención Espiritual de los Emigrantes e Itinerantes, teniendo cada Conferencia Episcopal y cada Diócesis un organismo encargado de aplicar la debida atención pastoral específica a estos fieles.

Su Instrucción «Erga Migrantes Caritas Christi»<sup>226</sup> de 3 de mayo de 2004, pretende, teniendo en cuenta los nuevos flujos migratorios y sus características, actualizar la pastoral migratoria contenida en el *Motu Proprio del Papa Pablo VI «Pastorales migratorum cura»* con la finalidad de ser una respuesta eclesial a las nuevas necesidades pastorales de los migrantes *«a fin de reconducirlos, a su vez, a transformar la experiencia migratoria, no sólo en ocasión de crecimiento de la vida cristiana, sino también de nueva evangelización y de misión»*. La caridad de Cristo hacia los emigrantes debe estimular en la solución de los problemas que el fenómeno de las migraciones provoca en la vida social, económica,

---

<sup>226</sup> Instrucción “Erga migrantes caritas Christi” del Pontificio Consejo para la pastoral de los inmigrantes e itinerantes. Disponible en Web: [http://www.vatican.va/roman-curia/pontifical-councils/migrants/documents/rc-pc\\_mi...](http://www.vatican.va/roman-curia/pontifical-councils/migrants/documents/rc-pc_mi...) [Consulta: 31 de agosto de 2009].

sanitaria, cultural, de seguridad, política y religiosa de los países de acogida. Y, pese a los problemas que causa, no hay que olvidar que *«son muchas las civilizaciones que se han desarrollado y enriquecido precisamente por las aportaciones de la inmigración. En otros casos, las diferencias culturales de autóctonos e inmigrantes no se han integrado, sino que han mostrado la capacidad de convivir, a través del respeto recíproco de las personas y de la aceptación o tolerancia de las diferentes costumbres»*<sup>227</sup>.

Por su parte, y a la luz de esta Instrucción, la Conferencia Episcopal Española ha elaborado el documento *«La Iglesia en España y los inmigrantes»*<sup>228</sup> en el que se contienen orientaciones prácticas para una pastoral de migraciones en España; pastoral que pretende ser flexible y diferenciada pues va dirigida a una sociedad nada uniforme. La presencia entre nosotros de inmigrantes procedentes de diversas tradiciones cristianas -sobre todo ortodoxos, pero también protestantes y anglicanos- y de otras religiones constituye para la Iglesia una oportunidad para el diálogo y el trabajo ecuménico, para reforzar y ejercer la fraternidad entre los cristianos y para el diálogo interreligioso. Constituye también un enriquecimiento la presencia de católicos de otros ritos, con su rica liturgia, con sus costumbres y tradiciones. La Iglesia se siente enviada a todos ellos por el amor de Cristo, dando respuesta a las migraciones mediante una pastoral específica y especializada.

De lo anterior cabe concluir que, para la Iglesia, el inmigrante, independientemente de su situación legal, económica o laboral, es una persona con la misma dignidad y los mismos derechos fundamentales que los demás: es un hijo de Dios, creado, redimido y querido por él. La Conferencia Episcopal –como se recoge en el documento antes citado *«La Iglesia en España y los inmigrantes»*– velará para ayudar a los Obispos en su responsabilidad al frente del servicio pastoral a los inmigrantes, en cuya misión destaca la importancia de las parroquias como *«lugar natural de encuentro y comunión de los migrantes y los distintos grupos étnicos católicos, así como un apoyo muy adecuado para la integración social en el barrio, para aquellos, católicos o no, que se ven limitados por la diversidad de lengua, tradición y cultura»*.

---

<sup>227</sup> Afirmación del Papa Juan Pablo II en el Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz de 2001, recogida en la Instrucción arriba citada.

<sup>228</sup> XC Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal española. Reflexión teológico-pastoral y Orientaciones prácticas para una pastoral de migraciones en España a la luz de la Instrucción Pontificia Erga migrantes caritas Christi, de 22 de noviembre de 2007. Disponible en Web: <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/Conferencia/IglesiaInmigrantes.htm>. [Consulta: 31 de marzo de 2011].

La preocupación de la Iglesia por la persona se proyecta también en el matrimonio y en la familia. Los cónyuges cristianos, en virtud del sacramento del matrimonio, se ayudan mutuamente a santificarse en la vida conyugal y en la procreación y educación de la prole, y por eso poseen su propio don, dentro del Pueblo de Dios, en su estado y forma de vida. De este consorcio procede la familia, en la que nacen los nuevos ciudadanos de la sociedad humana. En esta especie de «*Iglesia doméstica*» que es la familia, «*los padres deben ser para sus hijos los primeros predicadores de la fe, mediante la palabra y el ejemplo, y deben fomentar la vocación propia de cada uno, pero con un cuidado especial la vocación sagrada*» (Lumen Gentium, n. 11).

De la importancia que se concede a la familia, es comprensible que uno de los derechos fundamentales que la Iglesia reconoce a los inmigrantes sea el derecho a la reagrupación familiar, ya que la Iglesia considera como un derecho irrenunciable de toda persona humana el vivir con la propia familia. Así, el artículo 12 de la Carta de los Derechos de la Familia<sup>229</sup>, publicada por la Sede Apostólica el 22 de octubre de 1983, recogiendo lo afirmado en el número 77<sup>230</sup> de la Exhortación apostólica Familiaris Consortio de 22 de noviembre de 1981, dice así:

*«Las familias de emigrantes tienen derecho a la misma protección que se da a las otras familias.»*

---

<sup>229</sup> Carta de los Derechos de la Familia, presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo, el 22 de octubre de 1983. Disponible en Web: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc...](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc...). [Consulta: 11 de febrero de 2011].

<sup>230</sup> Las familias de emigrantes, especialmente tratándose de obreros y campesinos, deben tener la posibilidad de encontrar siempre en la Iglesia su patria. Esta es una tarea connatural a la Iglesia, dado que es signo de unidad en la diversidad. Así, se procurará que, en cuanto sea posible, estén asistidos por sacerdotes de su mismo rito, cultura e idioma. Corresponde igualmente a la Iglesia hacer una llamada a la conciencia pública y a cuantos tienen autoridad en la vida social, económica y política, para que los obreros encuentren trabajo en su propia región y patria, sean retribuidos con un justo salario, las familias vuelvan a reunirse lo antes posible, sea tenida en consideración su identidad cultural, sean tratadas igual que las otras, y a sus hijos se les dé la oportunidad de la formación profesional y del ejercicio de la profesión, así como de la posesión de la tierra necesaria para trabajar y vivir. (En Exhortación apostólica *Familiaris Consortio* n° 77 de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual, de 22 de noviembre de 1981. Disponible en Web: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp\\_i...](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp_i...)) [Consulta: 31 de marzo de 2011].

*a) Las familias de los inmigrantes tienen el derecho de ser respetadas en su propia cultura y recibir el apoyo y la asistencia en orden a su integración dentro de la comunidad, a cuyo bien contribuyen.*

*b) Los trabajadores emigrantes tienen el derecho de ver reunida su familia lo antes posible.*

*c) Los refugiados tienen derecho a la asistencia de las autoridades públicas y de las organizaciones internacionales que les facilite la reunión de sus familias».*

Para la Iglesia, el derecho a vivir en familia, facilitado por la reagrupación familiar, debe ser favorecido por los Estados mediante el establecimiento de normas más benignas en materia de extranjería y nacionalidad; normas que también han de impedir la celebración de matrimonios canónicos de conveniencia.

### 3. DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL MATRIMONIO, EN ESPECIAL, LA SIMULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Expuesto lo anterior, en este punto voy a analizar el matrimonio canónico y, en especial, el consentimiento matrimonial, así como los efectos que produciría la simulación de este consentimiento en relación con la validez o no del matrimonio. Adelanto que tras el estudio realizado de la doctrina y de la jurisprudencia más destacada concluyo que el consentimiento que presta el extranjero cuando contrae nupcias con una persona de nacionalidad española exclusivamente para beneficiarse, por su condición de cónyuge, de la regulación de las normas de extranjería, es un consentimiento simulado y, por tanto, el matrimonio debe declararse nulo.

#### 3.1 El matrimonio canónico

A diferencia del Código Civil, el Código de Derecho de Canónico de 25 de enero de 1983<sup>231</sup> sí contiene una definición de matrimonio. En su canon 1055 dispone: «*La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado a la dignidad de sacramento entre bautizados por Cristo Señor*».

Es un dato constante y tradicional de la enseñanza de la Iglesia Católica que el matrimonio es una institución natural y divina. Es natural ya que pertenece al orden de la naturaleza humana, tomando de esta su propio origen y contenido esencial como una unión estable entre un varón y una mujer, como adecuada correspondencia a las inclinaciones propias de la naturaleza humana. Al mismo tiempo es una institución divina pues a las exigencias proclamadas por la naturaleza humana se añade la voluntad de Dios. El Código de Derecho Canónico acoge esta doctrina tradicional y, por ello, la regulación del matrimonio se subordina a ambos derechos.

Como dice MARTÍ SÁNCHEZ<sup>232</sup>, para la Iglesia, el matrimonio no es una institución eclesial, sino natural. Se ocupa, primero, por conocerla y luego, por preservarla con una legislación que evite su politización u oscurecimiento (cultural). Así mantiene las notas de libertad (consentimiento); igualdad (o equilibrio entre los contrayentes) y dignidad (unidad, indisolubilidad y fecundidad).

El matrimonio no es, por lo tanto, una creación del derecho positivo, sino algo inserto en la propia naturaleza humana, con unos perfiles precisos, lo que quiere decir que está ordenado a unos fines: el bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole. Estos fines pertenecen a la esencia del matrimonio, en cuanto que la esencia es principio del obrar propio del matrimonio para realizar el bien que le corresponde como unión personal de varón y mujer. Esto es lo que quiere expresar el Código cuando afirma, recogiendo la terminología del Concilio, que el consorcio de toda la vida que establecen los cónyuges por la alianza matrimonial está ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.

---

<sup>231</sup> Código edición anotada EUNSA, 2001.

<sup>232</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, José M<sup>a</sup>. “Sobre la naturaleza del matrimonio y sus implicaciones jurídicas”. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*. 2011, núm. 26.

En este punto quiero mencionar la primera Encíclica del Papa Francisco, *Lumen Fidei*, que define el matrimonio como «*unión estable de un hombre y una mujer: nace de su amor, signo y presencia del amor del Dios, del reconocimiento y la aceptación de la bondad de la diferenciación sexual, que permite a los cónyuges unirse en una sola carne (Cf Gén 2,24) y ser capaces de engendrar una vida nueva [...]*».

Para la doctrina canónica, los fines de matrimonio se dan íntimamente relacionados y coordinados entre sí, sin que sea posible separarlos. Cada fin incluye al otro, lo exige y contribuye a realizarlo. El consorcio constituido por ambos cónyuges contiene por naturaleza esas dos dimensiones de desarrollo vital: la relación propia de los esposos, procurándose cada uno el bien total del otro, exige la donación y aceptación íntegra de la dimensión sexuada de cada uno de ellos y, en consecuencia, de su paternidad y maternidad potencial. No cabe la búsqueda del bien de los cónyuges (mutua ayuda, compenetración afectiva y solidaria entre ellos), si no es en conexión con su ordenación a la prole; es decir, con la apertura a la generación y consiguiente educación de los hijos. Así, el bien de los cónyuges lleva consigo la ordenación a la prole, pues de lo contrario no se produce tal bien de los cónyuges de acuerdo con la ordenación natural del matrimonio. Como tampoco cabe una búsqueda de la prole prescindiendo de la persona del cónyuge, de su bien; o mediante la pretensión de tener un hijo simplemente para tener un heredero o alguien que represente la continuidad personal en la vida, pero prescindiendo por completo de la persona del otro cónyuge a quien se considera simplemente como un medio o un instrumento para aquel fin. En definitiva, los fines están unidos y relacionados intrínsecamente entre sí, son armónicamente complementarios en la unidad que representa el matrimonio sin que quepa exclusión de ninguno, de modo que, si en el pacto conyugal se excluye alguno de estos fines, el matrimonio será nulo.

Estos fines son los que se llaman *finis operis* (fines objetivos: fines del mismo matrimonio), que se diferencian de los *finis operantis* (fines que subjetivamente los contrayentes pudieran proponer). De aquí que aunque los contrayentes se propongan una finalidad subjetiva de la índole que sea (legitimación de la prole, posición social, afán de riqueza, adquirir la residencia o la nacionalidad) distinta de los fines marcados por el legislador, el matrimonio surge válidamente, siendo las motivaciones subjetivas indiferentes para el nacimiento del vínculo, siempre y cuando no haya una específica intención excluyente de aquellos fines objetivos.

El concepto del matrimonio como íntima comunidad conyugal de vida y amor establecida sobre la alianza de los cónyuges, exige su consentimiento personal e irrevocable, y, como dice el profesor AZNAR GIL<sup>233</sup>, puede ser considerado como un «*actus quo*» y como un «*vinculum*», lo que lleva a la distinción de matrimonio «*in fieri*» y matrimonio «*in facto esse*». El matrimonio «*in fieri*» es el acto, el proceso mediante el cual nace el vínculo matrimonial, mientras que el matrimonio «*in facto esse*» es el «*vinculo-sociedad-comunidad*» que nace del anterior. Es esta una distinción canónica clásica entre la instauración del matrimonio o el acto por el que se instituye y el resultado o subsistencia de lo instituido. Pero, a pesar de esta distinción, el matrimonio constituye una unidad de ambos momentos, de manera que no cabe alegar que determinados derechos y obligaciones conyugales pertenecen al matrimonio «*in facto esse*» y no al matrimonio «*in fieri*». Lo importante es que el consentimiento de los contrayentes es la causa que llama al matrimonio a su existencia concreta. El matrimonio «*in fieri*» se identifica prácticamente con el consentimiento mutuo de ambos esposos en cuanto este es la causa que origina el matrimonio, esto es, el acto inicial y constitutivo del mismo, y el objeto esencial sobre el que versa el acto consensual es el «*consortium totius vita*», esencia del matrimonio «*in facto esse*»<sup>234</sup>.

En la definición de matrimonio que proporciona el canon 1055 («*La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida...*») queda claro que la esencia del matrimonio es el consorcio de toda la vida. Y siguiendo a PANIZO<sup>235</sup>, esta fórmula de consorcio para toda la vida supera ciertamente la línea de una integración de los esposos meramente corporal, pues apunta hacia una integración permanente e interpersonal de las vidas de un hombre y una mujer: viene a ser lo que en términos doctrinales y pastorales enseña el Concilio al llamar al matrimonio «*íntima comunidad de vida y de amor conyugal*». Superada la concepción existente en el Código del 1917 que centraba la esencia del matrimonio en el intercambio de los esposos del «*ius in corpus*» dirigido a la procreación, la concepción actual del matrimonio tiene una dimensión personalista, pues las relaciones conyugales deben dirigirse, como ya se ha dicho, al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole. La actual normativa solo se preocupa de afirmar que tan importante es el fin objetivo del matrimonio: la procreación, como el fin personalista: el

<sup>233</sup> AZNAR GIL, Federico. *Derecho matrimonial canónico*. Vol. I Cánones 1055-1094. 2ª Edición. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2002. p.26.

<sup>234</sup> Ha habido un cambio sustancial en este tema en relación con la legislación del Código de Derecho Canónico de 1917, pues en este el objeto esencial radicaba en el *ius in corpus*, ya que consideraba el matrimonio como la unión permanente de hombre y mujer para engendrar hijos.

<sup>235</sup> PANIZO ORALLO, Santiago. *Alcoholismo, droga y matrimonio*. Universidad Pontificia de Salamanca, 1984, pp. 17-19.



bien de los cónyuges, ambos derivados del consorcio conyugal, que forman una unidad que no se escinde ni favorece a uno de ellos en detrimento del otro. E incluso la Constitución *Gaudium et Spes* establece una conexión directa entre ellos cuando afirma que los hijos contribuyen notablemente al bien de los progenitores, pues enriquecen la vida de los padres de muchas maneras, sobre todo en virtud de la entrega generosa que reclaman de ellos. Siguiendo a AZNAR GIL<sup>236</sup>, «*la procreación y educación de la prole es un fin propio y esencial matrimonio en el sentido de que este está ordenado “natura sua” al mismo, si bien, de hecho, los hijos pueden faltar por diferentes circunstancias legítimas. El Magisterio de la Iglesia lo viene recordando insistentemente. El contenido de este fin se puede sintetizar en estas ideas directrices: todo lo que conlleva para los esposos abrirse a una procreación capaz de ser verdaderamente humana y responsable; todo lo que implica para los esposos una recepción de los posibles hijos en el medio amoroso y comunitario más adecuado para sus necesidades; y todo cuanto se deriva de una educación humana y personal íntegra de los hijos. El contenido del bien de los cónyuges es bastante más amplio que la tradicional fórmula de “la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia”, comprende gran parte de los elementos o aspectos personalísticos del “consorcio de toda la vida” y, como en el anterior caso, es bastante difícil delimitar exhaustivamente de forma apriorística y teórica*». En la concepción cristiana del auténtico bien de los cónyuges, la esencia del bien de los cónyuges debe buscarse en la línea de su maduración, en su mutua formación interior, «*su constante esfuerzo por ayudarse mutuamente a conseguir la perfección*», en palabras de la Encíclica *Casti connubi*. O, como recuerda el Santo Padre Benedicto XVI en su Discurso al Tribunal de la Rota Romana de 2013, en el Año de la Fe, esta es importante en la realización del auténtico bien conyugal, que consiste simplemente en querer siempre y en cualquier caso el bien del otro, en función de un verdadero e indisoluble *consortium vitae*.

Fijados hasta aquí los fines del matrimonio recogidos en la definición del canon 1055, me refiero a continuación a las propiedades esenciales del matrimonio, que también lo configuran. El canon 1056 afirma: «*Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento*». Son propiedades que pertenecen a la esencia del matrimonio y, por tanto, lo identifican. La calificación de esenciales ha de entenderse en sentido estricto: se trata de las propiedades que corresponden por naturaleza al vínculo matrimonial y sin las cuales no puede existir. De forma que puede afirmarse que no existe un vínculo matrimonial verdadero que no sea, por eso mismo, exclusivo (unidad) y perpetuo (indisolubilidad).

<sup>236</sup> AZNAR GIL, Federico. *Derecho Matrimonial Canónico*. Vol. 1... cit. p. 58.

Como señala el profesor FORNÉS<sup>237</sup>, son dos aspectos de una misma realidad porque *«la indisolubilidad es la unidad en su vertiente de la temporalidad, es decir, se trata de la unidad misma proyectada en el para siempre de esta vida. Y ello porque la capacidad de ser marido o esposa solo se desarrolla en su cabal plenitud y perfección –plenitud y perfección propias de la dignidad de la persona humana- cuando se orienta a una sola mujer o un solo varón, de tal modo que únicamente la muerte pone límite a esa capacidad»*.

Esta íntima relación se encuentra descrita en las fuentes del Derecho divino. El Génesis del Antiguo Testamento, verdadera carta fundacional del matrimonio, recoge que después de haber dicho Dios no ser bueno que el *«hombre esté solo»* y *«que necesita una ayuda proporcionada a él»* añade que *«por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne»* (Gen. 2 18-25), y en el Nuevo Testamento se recoge que Cristo añadió: *«Luego lo que Dios unió, no lo separe el hombre»* (Mt. 19, 4-6).

El Papa Juan Pablo II, en su Discurso a la Rota Romana del año 2002, recordaba (n. 5): *«Las propiedades esenciales, la unidad y la indisolubilidad se inscriben en el ser mismo del matrimonio, dado que no son de ningún modo leyes extrínsecas a él»*.

Ambas propiedades, incluso en la institución natural del matrimonio, le corresponden, si bien en el matrimonio cristiano adquieren una peculiar firmeza por razón del sacramento -como veremos más adelante-, en cuanto que este significa y es signo de la unión de Cristo con su Iglesia.

La unidad consiste en que el verdadero matrimonio sólo es posible entre un único varón y una única mujer. El Magisterio de la iglesia ha vuelto a insistir en el carácter monogámico de la institución matrimonial, derivándose de ser el matrimonio una comunión, una relación entre personas iguales en dignidad: el carácter personalista del matrimonio, así como la común dignidad e igualdad en la relación conyugal del varón y de la mujer, exigen que la unión matrimonial sea monógama. En este punto quiero recordar que San Pablo refuerza esa idea de unidad a partir del ejemplo del misterio de la unión de Cristo con su Iglesia: puesto que Cristo es esposo de una sola esposa (la Iglesia), así también el matrimonio es de un solo hombre y de una sola mujer (Carta de San Pablo a los Efesios. Ef. 5 29-30).

---

<sup>237</sup> FORNÉS, Juan. *Derecho Matrimonial Canónico*. Madrid: Tecnos, 2008.

La indisolubilidad matrimonial es aquella propiedad esencial del matrimonio en virtud de la cual el vínculo conyugal, válidamente constituido, no puede disolverse ni extinguirse, salvo por la muerte de uno de los cónyuges o, en determinados casos, por una actuación extraordinaria del Romano Pontífice. Expresa, pues, la perpetuidad del vínculo conyugal y excluye la posibilidad del divorcio tal como se entiende en la actualidad en los ordenamientos jurídicos civiles. Esta propiedad se fundamenta en el derecho natural ya que la misma institución matrimonial reclama que sea perpetua y estable para la adecuada asistencia y educación de los hijos y para la propia realización personal de los cónyuges.

Además, el matrimonio de los bautizados no es solo una institución natural, sino que es un sacramento, es decir, una realidad religiosa que significa y da gracia santificante. El canon 1055 indica, en su párrafo primero, que Cristo Señor ha elevado a la dignidad de sacramento el matrimonio concluido entre bautizados y, en su párrafo segundo, añade que *«entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento»*. Se afirma, pues, que en el matrimonio de los bautizados se da una identidad e inseparabilidad entre el contrato del matrimonio (o realidad natural) y el sacramento (realidad religiosa significante de gracia). Por consiguiente, no puede haber entre bautizados ningún matrimonio válido que no sea, al mismo tiempo, sacramento. Consentimiento y sacramento coinciden, en esta perspectiva, en la realidad y en el tiempo, son dos aspectos o dimensiones de la misma realidad básica por lo que el sacramento no puede considerarse como algo añadido o accesorio al contrato y, por tanto separable de él. La inseparabilidad quiere decir que todo contrato matrimonial válido entre los bautizados es necesariamente sacramento. El canon 1134, al hablar de los efectos del matrimonio establece que *«Del matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo perpetuo y exclusivo por su misma naturaleza; además, en el matrimonio cristiano los cónyuges son fortalecidos y quedan como consagrados por un sacramento peculiar para los deberes y la dignidad de su estado»*.

Así las cosas, el efecto jurídico del matrimonio válidamente celebrado -entre personas hábiles, a las que no les afecta ningún impedimento matrimonial y que manifiestan su consentimiento para contraer matrimonio tal y como se ha descrito antes, con sus fines y propiedades esenciales- es la creación de un vínculo perpetuo y exclusivo (canon 1134). Sin embargo, la exclusión del matrimonio mismo, los fines del matrimonio o las propiedades esenciales, hecha con un positivo acto de la voluntad, hace inválido el matrimonio, lo que nos lleva a estudiar el consentimiento matrimonial.

### 3.2 El consentimiento matrimonial

El consentimiento matrimonial es un acto de voluntad de los cónyuges por el que se entregan y se aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir matrimonio. No es posible concebir un verdadero matrimonio sin la existencia real de un consentimiento informado, voluntario y libre de las personas que deciden contraerlo.

Para el derecho canónico, los elementos esenciales para la válida constitución del matrimonio “*in fieri*” son la capacidad natural de los contrayentes, su habilidad o capacidad jurídica y la manifestación legítima del consentimiento matrimonial. Y entre estos elementos, el consentimiento matrimonial es el elemento más esencial y necesario para la válida constitución del matrimonio ya que, mientras los impedimentos matrimoniales y la forma canónica son leyes inhabilitantes que, en mayor o menor medida, dependen de la legislación positiva y cuya falta puede ser dispensada, el consentimiento viene exigido por la misma naturaleza del matrimonio, no pudiendo ser dispensada su falta.<sup>238</sup>

Así las cosas, considero necesario detenerme en el estudio del consentimiento matrimonial para determinar con precisión qué es el consentimiento matrimonial verdadero y, en caso de su ausencia o defecto, para poder declarar que el matrimonio es nulo.

Los tres primeros cánones del Código sobre el matrimonio definen el consentimiento matrimonial en positivo.

En primer lugar, el canon 1055 al disponer que el matrimonio es la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, pone de manifiesto que el objeto del consentimiento matrimonial es la persona del contrayente y que la finalidad intrínseca de la alianza conyugal está inseparablemente ordenada al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole.

---

<sup>238</sup> AZNAR GIL, Federico. *Derecho matrimonial canónico...* cit. p. 11.

Por su parte, el canon 1056 establece que la unidad y la indisolubilidad son las propiedades esenciales del matrimonio. De aquí que el consentimiento matrimonial deba abrazar plenamente -sin exclusiones voluntaria y positivamente queridas- el matrimonio con sus propiedades esenciales. Si es así, el consentimiento es válido aunque no garantiza por sí solo la obtención de los fines del matrimonio: el bien de los cónyuges y la procreación. Cada esposo puede reivindicar como derecho propio que el otro ofrezca y acepte el matrimonio en su integridad esencial. Pero ninguno puede reclamar la efectiva obtención de los fines del matrimonio como un derecho o como algo debido, de tal modo que si no se llegaran a alcanzar el matrimonio sería inválido. Esta idea es pacífica en relación con la procreación: no existe obligación absoluta o jurídica de obtener la procreación. Puede existir un matrimonio válido a pesar de que no se llegue a dar la efectiva procreación, como es evidente, por ejemplo, en el caso de la esterilidad, de la que el canon 1084.3 afirma que ni prohíbe ni hace inválido el matrimonio.

Y finalmente, el canon 1057 dispone que el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir. Y en su párrafo segundo, define el consentimiento matrimonial como el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio. De aquí que se afirme que el consentimiento de las partes legítimamente manifestado es causa eficiente del matrimonio.

En definitiva, como he señalado arriba, el consentimiento matrimonial válido es el acto de voluntad de los contrayentes -jurídicamente hábiles- de entregarse y aceptarse mutuamente en alianza irrevocable ordenada al bien de ellos y a la procreación y educación de sus hijos.

### 3.3 El consentimiento matrimonial simulado

El canon 1101 dice así: «1. *El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar matrimonio.* 2. *Pero si uno de los contrayentes, o ambos excluye con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo, o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial, contrae inválidamente*».

Este canon, que tiene su fundamento último en la centralidad del consentimiento personal como causa eficiente del vínculo matrimonial determina, por un lado, una presunción de conformidad entre la manifestación externa del signo nupcial y la voluntad interna de los contrayentes y, por otro lado, los supuestos en los que nos encontraríamos ante una ruptura entre el signo nupcial y la verdadera voluntad matrimonial, a causa de lo que la doctrina ha denominado simulación o exclusión del consentimiento matrimonial.

En este punto voy a analizar los supuestos en los cuales, a causa de la falta de una verdadera voluntad matrimonial, nos encontramos ante un matrimonio nulo por falta del consentimiento personal e insustituible de uno o de ambos contrayentes debido a la ausencia de una verdadera voluntad de casarse, quedando sólo una apariencia de voluntad matrimonial que no tiene la fuerza necesaria de fundar el vínculo matrimonial.

Para comprender mejor las razones de la fuerza invalidante de la exclusión en sus diversos supuestos, comenzaré con el estudio del fenómeno simulatorio en general, para luego entrar en cada uno de los supuestos considerados por el legislador y concretados por la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, quiero destacar que el canon 1101.1 es una concreción del favor del que goza el matrimonio en el derecho. El canon 1060 dispone: *«El matrimonio goza del favor del derecho; por lo que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario»*. Además de la presunción de validez de los actos formalmente manifestados, de razones de seguridad jurídica y de que, por el marco cultural en el que viven los cristianos, se puede presumir que cuando alguien manifiesta externamente una voluntad matrimonial, quiere verdaderamente «hacer lo que entiende la Iglesia», este último canon encuentra su fundamento en la verdad de la persona humana y del consentimiento matrimonial, de forma que la presunción de conformidad entre el signo externo y la voluntad interna hunde sus raíces en la *inclinatio naturae* al matrimonio, hasta el punto de que, cuando una persona decide positivamente romper la unidad entre el signo nupcial y voluntad matrimonial está realizando un acto contrario a aquello a lo que inclina su naturaleza. Una manifestación de esta excepcionalidad de la voluntad simulatoria la encontramos en la exigencia, por parte de la jurisprudencia,

de una *causa simulandi*, es decir, de un hecho claro y probado que explique por qué una persona, contra aquello que sería «normal», es decir, natural, ha vaciado de contenido el signo nupcial.

Partiendo de esta naturalidad de la conformidad entre el signo nupcial y la voluntad matrimonial, hay que comenzar analizando los términos utilizados por la doctrina y la jurisprudencia: simulación y exclusión. El legislador canónico ha evitado el término simulación en el texto actual de este canon, como ya lo hiciera en el antiguo canon 1086 del Código de 1917, y ha usado siempre el término excluir. En cambio, tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan frecuentemente la expresión «simulación». Técnicamente no son equivalentes, pues la palabra exclusión es más amplia e incluye el concepto de simulación. La simulación, en sentido preciso, sería uno de los modos de excluir, pero no el único. La simulación nos lleva a pensar en doblez, engaño, dolo y no se puede afirmar que en toda voluntad de excluir exista una voluntad positiva de engañar, de esconder una voluntad real, de simular una voluntad ante el otro cónyuge o ante la comunidad. Si bien es cierto que toda simulación puede ser incluida en la categoría de la exclusión, no se puede en cambio afirmar que toda exclusión implique una simulación en sentido estricto. Por ello, VILADRICH<sup>239</sup> dice que el legislador ha preferido el término exclusión, para evitar convertir uno de los modos de excluir en el único supuesto legal.

Sentado lo anterior, cuando el párrafo segundo del canon 1101 establece la invalidez del matrimonio por exclusión, está teniendo en cuenta, en negativo, los elementos que antes había definido en positivo el Código en sus cánones 1055, 1056 y 1057. De esta forma puede decirse que la exclusión es el reverso del consentimiento matrimonial válido, bien en su totalidad, cuando estamos ante una exclusión total, bien en uno de sus elementos o propiedades esenciales, cuando existe una voluntad positivamente no matrimonial porque excluye algo que es de la esencia del verdadero consentimiento matrimonial.

Siguiendo a VILADRICH<sup>240</sup>, los elementos fundamentales de la exclusión del consentimiento matrimonial, sea esta total o parcial, son los siguientes:

---

<sup>239</sup> VILADRICH, Pedro Juan. *El consentimiento matrimonial*. Navarra: Eunsa, 1998. p. 192.

<sup>240</sup> VILADRICH, Pedro Juan. *El consentimiento matrimonial...* cit. p. 201 y ss.

En primer lugar, la voluntariedad. El párrafo segundo del canon 1101 afirma que la exclusión del matrimonio mismo o de un elemento esencial o una propiedad esencial, por uno o ambos contrayentes, debe ser hecha con «*un acto positivo de la voluntad*». La simulación se sustenta en un acto positivo de voluntad libre y consciente: un acto que origina voluntariamente el sujeto, por él mismo y con conocimiento suficiente de su fin, de forma que puede afirmarse que nadie excluye sin darse cuenta, porque es necesario que haya una voluntad formada contraria al elemento o propiedad esencial en cuestión. En los casos de exclusión tenemos, por un lado, una voluntad de realizar, en palabras de Viladrich, el signo nupcial (las nupcias, el casamiento) y, por otro lado, una voluntad concreta que por su contenido es radicalmente contraria a la verdad sobre el matrimonio, porque tiene un objeto inconciliable con la conyugalidad o con una de sus dimensiones esenciales. En el consentimiento válido no hay dos actos de voluntad, uno de casarse y otro de celebrar el matrimonio, sino un único acto de voluntad que se manifiesta externamente en el casamiento o ceremonia nupcial. En el consentimiento simulado hay una ruptura de esa unidad porque lo manifestado en la ceremonia no representa aquello que debería ser, sino que es falseado por una voluntad determinada hacia un contenido que no es verdaderamente conyugal: hay una voluntad no matrimonial y una voluntad de celebrar el matrimonio que no corresponde a aquello que debería significar.

El segundo elemento de la exclusión es la falsificación del signo nupcial. En la voluntad simulatoria hay una voluntad de falsificarlo, vaciándolo de su contenido real. No es de la esencia de la exclusión que exista una actitud dolosa, aunque sí es necesario que haya una voluntad falsificadora del signo, en cuanto se quiere positivamente algo que no es el matrimonio. Hay un falseamiento voluntario y objetivo del verdadero contenido conyugal del casamiento o ceremonia, como manifestación del *animus vere maritalis*: la simulación es la falta voluntaria de verdad matrimonial objetiva en el momento de manifestar el consentimiento. De esta forma, el simulante, si es tal, se da cuenta de que está manifestando algo que en su voluntad no existe, algo que es diverso de las palabras o signos que constituyen el casamiento, porque no quiere el matrimonio, o porque quiere un matrimonio disoluble, o infiel, o cerrado a la dimensión unitiva y procreativa de los actos específicamente matrimoniales.

En tercer lugar, la voluntad simulatoria es una voluntad suplantadora, esto es, conlleva una específica sustitución de la verdadera voluntad de conyugarse. En este sentido, como afirma frecuentemente la jurisprudencia,



no basta «no querer», sino que es necesario «querer no», es decir, querer positivamente algo que no es el matrimonio.

La voluntad excluyente no se limita a no querer positivamente el matrimonio mismo, o un elemento, o una propiedad esencial, sino que es más radical. Precisamente por su dimensión falsificadora del signo nupcial, quien excluye sustituye la voluntad matrimonial por la voluntad no matrimonial, en el sentido de que quiere positivamente «algo» que no es el matrimonio. En el caso de la exclusión, aunque muchas veces la persona diga que se quería casar, ese querer ha sido vaciado de contenido al dirigirse la voluntad hacia una realidad esencialmente diferente. Esas palabras que sencillamente expresan la verdadera voluntad matrimonial: «Quiero casarme contigo» habían sido vaciadas, pues en el caso concreto, aunque la persona quisiese unirse al otro, esta unión no sería verdaderamente conyugal y, por lo tanto, la voluntad no sería la de casarse con todo aquello que implica esencialmente. Podría decir «sí, quiero», pero con una voluntad definida hacia un proyecto incompatible con la conyugalidad, en la medida en que excluye esta misma o sus elementos o propiedades esenciales, sustituyéndolos por un modelo incompatible con las exigencias de justicia de la unión conyugal.

Y, finalmente, a estos tres elementos característicos del consentimiento simulado -voluntariedad, falseamiento y suplantación- se añade un cuarto: que la intención simulatoria sea susceptible de prueba en el fuero externo, para superar la presunción de concordancia entre el signo nupcial externo y el consentimiento interno de las partes. Es decir, es necesario que la voluntad interna tenga manifestaciones externas, que pueda ser probada con certeza moral en el fuero externo. Esta necesidad de manifestaciones externas de la voluntad interna se refiere a las declaraciones que el presunto simulante haya hecho con otros de su modo de entender el matrimonio, y al estudio de las circunstancias precedentes, concomitantes y sucesivas al matrimonio, haciendo un esfuerzo para determinar si la biografía de la persona confirma la existencia de la voluntad excluyente.

Vistos los elementos fundamentales del consentimiento simulado examino a continuación el contenido de la voluntad simulatoria, que da lugar a distintos tipos de exclusión. Siguiendo la sistemática de Santo Tomás de Aquino, los elementos que constituyen el matrimonio, tanto en su momento fundacional -el pacto conyugal- como en su realidad permanente -el vínculo- serían los siguientes: la causa eficiente (el pacto conyugal), la esencia (el vínculo matrimonial), los fines (el bien de los cónyuges y la

generación y educación de la prole) y las propiedades esenciales, que son inseparables de la esencia, en el sentido de que no se puede dar un matrimonio que no tenga esas propiedades (unidad e indisolubilidad). Si aplicamos esta sistemática a los supuestos de simulación, podríamos clasificarlos en los siguientes tipos de exclusión considerados por el canon 1101.2: exclusión del matrimonio mismo (del mismo pacto conyugal o del vínculo matrimonial que de él surge), exclusión de un elemento esencial (el bien de los cónyuges y la procreación y educación de la prole) y exclusión de una propiedad esencial (la unidad y la indisolubilidad).

No voy a analizar cada uno de los supuestos de exclusión del consentimiento matrimonial pues no es el tema de la tesis y únicamente voy a referirme a la exclusión del matrimonio mismo, por cuanto es lo que supone el matrimonio de conveniencia. Pero quiero en este punto recordar que, en cualquiera de los supuestos de exclusión, se da la unidad de la voluntad matrimonial en el siguiente sentido: el verdadero consentimiento matrimonial no es un acto complejo en el cual deben confluir diversos elementos que con voluntad positiva se deben querer: el matrimonio mismo, sus bienes, sus elementos y propiedades esenciales, sino que es una voluntad unitaria. Quien se casa, simplemente se quiere casar, tiene la voluntad de donarse realmente en su conyugabilidad para constituir el matrimonio, y esa voluntad incluye todos los elementos del matrimonio. Por ello, quien excluye la fidelidad o la prole, o la indisolubilidad, no es que quiera el matrimonio con todos sus elementos a excepción del elemento que excluye, sino que lo quiere es algo que no puede absolutamente llamarse matrimonio, porque no puede hablarse de verdadera donación y aceptación de la conyugabilidad.

El inicio del párrafo segundo del canon 1101 se refiere a la exclusión del matrimonio mismo, que la doctrina y la jurisprudencia han definido como exclusión o simulación total. Para VILADRICH la exclusión del matrimonio mismo (*matrimonium ipsum*) se refiere a la exclusión del vínculo conyugal, porque este es el principio sustancial del matrimonio.<sup>241</sup> Dice este autor que *«el vínculo es puesto en la existencia de los contrayentes al darse y aceptarse entre sí en sentido real, no simbólico o metafórico, mediante el consentimiento matrimonial. Por causa del don y aceptación mutuos de sí, los contrayentes se constituyen realmente en varón de esta mujer y en mujer de este varón. El ser uno del otro mientras*

<sup>241</sup> Para este autor el matrimonio en sí mismo puede resultar voluntariamente excluido de muy diversas formas, que no constituyen otras tantas clases de simulación sino vías fácticas diversas de excluir: exclusión de la voluntad interna de conyugarse; exclusión expresa del vínculo en el consorcio; exclusión de la igualdad conyugal; y exclusión de la persona del otro contrayente. VILADRICH. *El consentimiento*.... cit. p. 223 y s.

*antes cada uno era sólo de sí mismo, constituye un nuevo modo de ser, a saber, ser unión. Pues bien, a aquello que les une y por lo que son unión, se le llama vínculo conyugal. En este sentido decimos que el vínculo es el principio unificador de la unión conyugal o matrimonio en sí mismo».*

Sin embargo, en la simulación parcial se excluye, en el momento de prestar el consentimiento matrimonial, alguna de las propiedades esenciales del matrimonio (la unidad o la indisolubilidad) o un elemento esencial del matrimonio (la ordenación del matrimonio a sus fines: el bien de los cónyuges y la procreación).

Tanto la simulación total como la parcial están excluyendo el matrimonio, pues como hemos dicho, en los casos de exclusión parcial, en realidad lo que se quiere no es un verdadero matrimonio, en la medida en que no se quiere un elemento definitorio de la realidad matrimonial, pero en el plano de las intenciones y en el plano psicológico la situación es diversa en uno y otro caso: una persona, cuando excluye totalmente excluye la realidad misma del matrimonio y es perfectamente consciente de la falsedad del signo nupcial y de que no se está casando, mientras que en muchos casos de exclusión parcial, aunque existe la voluntad positiva contraria a un elemento o propiedad esencial, el contrayente tiene la voluntad de unirse, y podría incluso no ser consciente del hecho de que está celebrando un matrimonio nulo. Aunque su voluntad es irreconciliable con la fundación de un verdadero vínculo matrimonial, el querría no obstante unirse en matrimonio, aunque el objeto de su voluntad no sea verdaderamente matrimonial cuando, por ejemplo, quiere un matrimonio disoluble o un matrimonio cerrado a la prole.

Ya he dicho que en los supuestos de exclusión del matrimonio mismo, la voluntad de excluir debe ser una verdadera voluntad contraria, fruto de una decisión: el contrayente quiere positivamente que del signo nupcial manifestado no surja una modificación de su condición o estado de vida. Por ello es necesario que la persona rechace positivamente el matrimonio.

La jurisprudencia distingue normalmente entre no querer casarse (*nolle*) y querer no casarse (*velle nom*). En este sentido, en los casos de simulación total del consentimiento nos encontramos con un rechazo total del matrimonio y un vaciamiento completo del signo nupcial, no por el simple hecho de que no se querría el matrimonio, sino porque la voluntad positiva es la de rechazar radicalmente la realidad matrimonial.

La exclusión total, a diferencia de la parcial, se dirige a la esencia misma del matrimonio, bien en su momento funcional, si se excluye el pacto mismo, bien en su esencia en cuanto realidad permanente, si se dirige al vínculo matrimonial.

El contrayente quiere positivamente rechazar el matrimonio mismo en la simulación total. A pesar de las apariencias quiere no casarse y no asumir las obligaciones y los derechos conyugales en su conjunto. Es decir, rechaza todo aquello que implica estar unido en matrimonio, aunque asiladamente pudiera admitir alguna de las dimensiones del matrimonio, si bien desprovistas de su dimensión intrínsecamente matrimonial. Sería el caso de una persona que rechaza el matrimonio mismo y, sin embargo, acepta tener hijos con la persona con quien se une, aunque rechaza que los hijos deben ser conyugales, en el sentido que la relación filial, intrínsecamente, exige en justicia, porque es de su bien y de su perfección, que sea consecuencia de la conyugabilidad. En este caso, la persona rechazaría radicalmente estar unida en matrimonio y, por tanto, deberse en justicia al otro como cónyuge y aceptarlo como tal, con los derechos y obligaciones que la condición de cónyuge implica.

La simulación total de la voluntad matrimonial puede manifestarse, siguiendo a VILADRICH<sup>242</sup>, de modos muy diversos:

a) Rechazo de la persona del otro cónyuge

Un primer supuesto de exclusión del matrimonio mismo sería la voluntad positiva que rechaza la persona del otro cónyuge, en cuanto a la persona misma, en cuanto no se la acepta, o la fundación de la relación conyugal con esta, pues aunque pudiera darse que el simulante está dispuesto a establecer una relación con un cierto contenido sexual con el otro, no se le acepta mínimamente como cónyuge, al cual se debe en justicia en aquello que implica la condición de tal.

Aunque se manifiesta externamente un consentimiento matrimonial, la voluntad positiva es la de no constituir ningún vínculo jurídico y, por tanto, no obligarse personalmente en la dimensión conyugal con la persona concreta. Este supuesto podría darse, por ejemplo, cuando las motivaciones

---

<sup>242</sup> VILADRICH, P.J. *El consentimiento matrimonial...* cit. pp. 223-228.

externas obligan a contraer un matrimonio contra la propia voluntad, como podría darse en el caso de amenazas graves, las cuales podrían conducir a la celebración del matrimonio por violencia o miedo grave (canon 1103) o a la decisión de simular un consentimiento que no se tiene, caso en el cual las amenazas o violencia no serían causa de nulidad por temor, sino mas bien la causa de la simulación del consentimiento matrimonial.

#### b) Rechazo del consentimiento matrimonial

Un segundo supuesto de exclusión del matrimonio mismo sería el supuesto de rechazo del consentimiento matrimonial, lo que lleva consigo el rechazo de la causa eficiente del vínculo matrimonial: el consentimiento personal que no puede ser suplido por ninguna autoridad humana. Se quiere manifestar una voluntad interna que realmente no existe, induciendo al error en quienes presencian esta manifestación. Hay por tanto una voluntaria ruptura entre la voluntad interna y el signo que debería representarla externamente. Este supuesto no se puede identificar con la manifestación de un consentimiento matrimonial por juego o en una representación teatral o cinematográfica. En estos casos falta absolutamente la voluntad de querer representar como verdadera una voluntad totalmente inexistente. Por tanto, no confunde a nadie, pues quien percibe el signo lo hace como simple representación sin efectos reales.

#### c) Exclusión de la sacramentalidad del matrimonio

También constituye un supuesto de exclusión del matrimonio mismo la exclusión de la dignidad sacramental del matrimonio en determinados casos. En relación a esta cuestión lo primero que hay que decir es que el canon 1101.2 no hace ninguna mención de la dignidad sacramental del matrimonio<sup>243</sup>. La doctrina y la jurisprudencia están divididas en cuanto a su calificación jurídica: para unos, sería una exclusión total en la medida en que el matrimonio es inseparable de su dignidad sacramental, y para otros, sería una simulación parcial. Dentro de estos, algunos la identifican como una propiedad del matrimonio cristiano y otros como un elemento esencial. Teniendo en cuenta que la sacramentalidad no es un añadido extrínseco al matrimonio sino una dignidad a la que este es elevado por Cristo, del mismo modo que no hace falta una intencionalidad especial para que el

---

<sup>243</sup> Sí lo hace el canon 1099 cuando dispone: «El error acerca de la unidad, de la insolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial».

matrimonio de los bautizados sea sacramento, el no querer la dignidad sacramental no puede ser calificado como exclusión del matrimonio o de un elemento o propiedad esencial de este. Solo en el caso de que el rechazo de la sacramentalidad sea tal que lleve a rechazar el matrimonio mismo en cuanto este sea sacramento, se está ante una exclusión total del matrimonio.

#### d) Rechazo del fin del vínculo conyugal y de sus bienes y derechos

Y por último, también se da la exclusión del matrimonio mismo cuando se instrumentaliza la celebración nupcial para un fin totalmente extrínseco a la constitución del vínculo conyugal y de los respectivos derechos y obligaciones, que positivamente no se quiere asumir. Sería el caso de los matrimonios de conveniencia objeto de esta tesis o de quien decidiera celebrar el matrimonio con la finalidad de obtener unos beneficios de tipo económico, y excluyera positivamente los derechos y deberes que implica la unión matrimonial. En estos casos hay que distinguir claramente si nos encontramos ante una motivación extrínseca de la celebración del matrimonio o ante una verdadera exclusión. No es lo mismo decir: «si me caso obtendré la ciudadanía», que decir: «para obtener la ciudadanía estoy dispuesto a realizar una ceremonia», pues este caso se percibe como un simple medio para obtener el fin perseguido, excluyendo el matrimonio mismo. Como veremos más adelante al hablar de la prueba de la simulación, para distinguir las diferentes situaciones es de gran utilidad el estudio de la biografía de las personas antes y después de la celebración del matrimonio: quien excluye el matrimonio mismo, a pesar de la manifestación del signo nupcial, seguirá llevando una vida que demuestra su decisión de no estar verdaderamente unido en matrimonio.

Para LÓPEZ ALARCON y NAVARRO-VALLS<sup>244</sup>, las razones del simulador para fingir el matrimonio son dos: *causa contrahendi*, que induce a la celebración del matrimonio para que la situación adquirida le permite alcanzar fines extraños al matrimonio (como por ejemplo, adquirir otra nacionalidad, evitar la extradición, inmigrar en un país que pone rigurosas trabas, beneficiarse de la transmisión sucesoria de los derechos arrendaticios sobre una vivienda), y *causa simulandi*, que son los motivos por los que rechaza el matrimonio (como por ejemplo, la aversión al matrimonio o a la otra persona, el amor a tercera persona, el deseo de permanecer libre).

---

<sup>244</sup> LÓPEZ ALARCÓN, Mariano; NAVARRO-VALLS, Rafael. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*. Madrid: Tecnos, 2005.

En definitiva, aplicando lo anterior a los matrimonios de conveniencia, cuando la voluntad de los contrayentes solo tiene por objeto celebrar la ceremonia nupcial para acogerse después a los beneficios derivados de la legislación de extranjería y nacionalidad en su condición de cónyuges extranjeros de nacional español, están excluyendo el matrimonio mismo (excluyen el propio vínculo conyugal) y, por tanto, se está ante una simulación total, pues parece improbable que estos cónyuges que celebran un matrimonio de conveniencia excluyan únicamente la unidad, la indisolubilidad, la prole o el bien de los cónyuges.

### 3.4 La prueba de la simulación

Ya se ha dicho que la intención simulatoria de uno o de ambos cónyuges ha de ser susceptible de prueba en el fuero externo para superar la presunción de concordancia entre el signo nupcial externo y el consentimiento interno de las partes y que la simulación es difícil de probar, justamente porque se trata de demostrar aquello que pertenece a una dimensión interna, de conciencia. Esto es, el objeto de la prueba es la existencia de una voluntad positiva no matrimonial, porque excluye el matrimonio mismo, una propiedad o un elemento esencial, en el momento de la manifestación del consentimiento.

Como se trata de una voluntad interna, la jurisprudencia ha elaborado, como fruto de la experiencia de años, algunos criterios para ayudar a la prueba de esta voluntad. Así, se utilizan los clásicos medios de prueba establecidos por el Código de Derecho Canónico: las declaraciones de las partes y de los testigos, la prueba pericial y la prueba documental. Y en un caso concreto, de estas pruebas habría que deducir, en su caso, la existencia de una voluntad simulatoria de la siguiente manera, según el examen de sentencias de simulación<sup>245</sup>: hay que individualizar la causa que ha llevado a la celebración del matrimonio -causa *contrahendi*- y, simultáneamente, la causa por la cual una persona, a pesar de haber celebrado el matrimonio, lo ha hecho con una voluntad que excluía el matrimonio o un aspecto esencial de este -causa *simulandi*-. En ausencia de causa *simulandi*, la jurisprudencia suele afirmar, según un estudio de FRANCHESCHI<sup>246</sup>, que

<sup>245</sup> c. BURKE, *Mediolanen*, 19 de octubre de 1995, n.17, en R.R.Dec., vol. LXXXVII, p.562.

c. HUBER, *Colonien*, 24 de noviembre de 1995, n. 7, en R.R.Dec., vol. LXXXVII, p. 636.

c. POMPEDDA, *Lausannen, Geneven et Friburgen*, 16 de enero de 1995, n. 8, R.R.Dec., vol. LXXXVII, p.5.

<sup>246</sup> FRANCHESCHI, Héctor. *La simulación del consentimiento matrimonial (canon 1101)*. Instituto de Ciencias para la familia. Disponible en Web: <http://www.matrimonioyfamilia.com> [Consulta: 7 de marzo de 2012].

no existe la certeza moral sobre la voluntad excluyente, con base en la inclinación natural al matrimonio y, en consecuencia, sobre el carácter excepcional de la nulidad del matrimonio, la cual siempre debe ser probada.

Así las cosas, los jueces deben buscar la existencia de la causa *contrahendi* y de la causa *simulandi* en las declaraciones de las partes y de los testigos y en el análisis concreto de los hechos ciertos que se deducen de estas y de las demás pruebas. Hay que destacar el gran peso que tienen en las causas sobre la simulación las circunstancias antecedentes, concomitantes y sucesivas a la celebración nupcial, en la medida que una verdadera voluntad positiva contraria al matrimonio se manifestará en hechos y conductas concretas. Así, la exclusión total es difícilmente admisible cuando quien dice haber excluido, una vez celebrado el matrimonio tiene conductas coherentes con la condición de cónyuge.

Para VILADRICH<sup>247</sup>, probar las causas de la simulación es, en realidad, probar la existencia de motivación en el sujeto. Para este autor todos los medios de prueba moralmente lícitos pueden ser empleados, no solo los recogidos en el Libro VII del Código de Derecho Canónico de manera expresa, en concreto las pruebas confesoria, testifical, documental y pericial. Tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman de especial valor probatorio la confesión del simulador, pero como no es frecuente que esta se produzca, para descubrir la causa que ha llevado a una persona a celebrar el matrimonio con una voluntad excluyente, hay que tener presente la congruencia simulatoria del continuo biográfico formado entre las circunstancias e indicios antecedentes, coetáneos y subsiguientes en pro de la voluntad simulatoria, ya que *«cobran todo su valor y su función probatorios cuando, lejos de ser un hecho aislado, pueden interrelacionarse con otras situaciones, hechos y circunstancias concretas del caso particular, componiendo con ellas un conjunto biográfico congruente y, por ello, probatorio»*.

Por lo que respecta a las presunciones, el Código de Derecho Canónico les dedica tres cánones. El canon 1584 dispone: *«La presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta. Puede ser de derecho, cuando la determina la ley, o de hombre, si proviene de un razonamiento del juez»*. Como ha señalado la doctrina, la presunción es la conclusión lógica sobre la verdad de un hecho en sí mismo incierto deducida, sea por la ley o por el juez, a partir de otro hecho cierto -llamado indicio-, en virtud de la conexión que entre dichos hechos debe existir. Consiste, pues, esta prueba

---

<sup>247</sup> VILADRICH, PEDRO-JUAN. *El consentimiento matrimonial*. cit. p. 267 y ss.



en un proceso lógico por el que, a partir de un hecho cierto y a través de un cálculo de posibilidades, se concluye afirmando la verdad del hecho más verosímil, de tal modo que la presunción aparece en palabras de ACEBAL LUJÁN como *«algo intermedio entre la mera posibilidad y la certeza moral acerca de la verdad de un hecho, al que da por verdadero de acuerdo con el orden normal de las cosas según la experiencia histórica»*<sup>248</sup>.

El siguiente canon 1585 establece que *«Quien tiene a su favor una presunción de derecho, queda exonerado de la carga de la prueba, que recae sobre la parte contraria»*. Esto es, no necesita prueba aquello que la ley presume, y quiero concretar que realmente la presunción no invierte la carga de la prueba, pues lo que ha de probar la parte contraria son otros hechos diferentes, alegados por ella a su favor, y que son distintos del hecho presumido legalmente.

En el ordenamiento canónico han desaparecido las presunciones *iuris et de iure* –aquellas presunciones a las que el derecho concedía una firmeza y validez tal que no admitían prueba en contrario–, de modo que todas las presunciones legales recogidas en el Código son presunciones *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario. Así, cuando el canon 1101.1 establece que *«El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar matrimonio»* está recogiendo una presunción de derecho, que admite prueba en contrario, de forma que a la otra le corresponde el derecho a excepcionar y la carga de probar el hecho que opone<sup>249</sup>.

Y finalmente, el canon 1586 dice así: *«El juez no debe formular presunción alguna que no esté establecida por el derecho, a no ser sobre un hecho cierto y determinado que tenga relación directa con lo que es objeto de controversia»*. Este canon se refiere a la presunción de hecho o judicial y, a su tenor, el juez deberá tener especial cuidado de no elaborar presunciones a partir de un hecho a su vez presunto o que resulte incierto

---

<sup>248</sup> ACEBAL LUJÁN, Juan Luis. “Comentario al can. 1584”. *Código de Derecho Canónico*. Madrid, 1986. pp. 771-772.

<sup>249</sup> En materia matrimonial, recoge el Código otras importantes presunciones de derecho, como por ejemplo: la presunción general favorable a la validez del matrimonio, de modo que, en la duda, se estará por la validez mientras no se demuestre lo contrario (canon.1060); la presunción favorable a la consumación del matrimonio siempre que los cónyuges hayan cohabitado con posterioridad a la boda (canon 1061.2); la presunción de un suficiente conocimiento respecto al matrimonio a partir de la pubertad (canon 1096.2); y la presunción de perseverancia del consentimiento válidamente prestado mientras no conste su revocación, en los supuestos de matrimonio nulo por impedimento o defecto de forma (canon 1.107).

por cualquier otro motivo. Estas presunciones judiciales, para algunos, tienen en realidad un carácter supletorio, de modo que se utilizarán en defecto de prueba cierta del hecho controvertido, y son creadas por el juez en cada supuesto, conforme a las reglas de la sana crítica. Así, a partir de un hecho cierto y determinado (indicio), el juez, por medio de un razonamiento lógico, deduce que se ha producido otro hecho sobre el que no hay prueba directa. Por ello, a este tipo de presunciones se recurre en ausencia de otras pruebas sobre la voluntad simulatoria de uno o de los dos contrayentes en el momento de manifestar su consentimiento matrimonial a que se refiere el canon 1101.2

En cuanto a la prohibición de que el juez formule presunciones no establecidas por el derecho, quiero mencionar aquí el Decreto del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica de 13 de diciembre de 1995, sobre las presunciones de hecho en las causas de nulidad matrimonial<sup>250</sup>, que criticaba la publicación por parte de un Tribunal eclesiástico de un elenco de presunciones de hecho -la mayoría *pro nullitate*- contrario no sólo a este canon 1586 sino, en algunos casos, a la regulación sustantiva del Código. Por ejemplo, la presunción de incapacidad para prestar el consentimiento de los jóvenes entre 16 y 19 años, que ignoraba la prescripción del canon 1083 (*«No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos. 2 Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior, para la celebración lícita del matrimonio»*<sup>251</sup>); y la de simulación a partir de la mera mentalidad divorcista o contraria a la fidelidad, sin tener en cuenta el canon 1099 (*«El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine la voluntad, no vicia el consentimiento»*).

No quiero terminar mi exposición sobre las presunciones canónicas sin mencionar el confuso párrafo segundo del artículo 216 de la Instrucción *«Dignitas Connubii»*, de 25 de enero de 2005. Esta Instrucción, dictada por el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, recoge las normas que deben observar los tribunales diocesanos e interdiocesanos al tratar las causas de nulidad del matrimonio, y aclara y completa muchos cánones del Código de Derecho Canónico. Al hablar de las presunciones, sus artículos 214, 215 y 216.1 reproducen lo ya transcrito en los cánones 1584, 1585 y 1586. Sin embargo, el artículo 216 introduce un segundo párrafo que dice así: *«Tampoco debe formular [el juez] presunciones que discrepen de las*

<sup>250</sup> En: *Il Diritto Ecclesiastico* 1, 1997/2, pp. 22-25.

<sup>251</sup> Dieciocho años, según el Decreto General sobre las normas complementarias al nuevo Código de Derecho Canónico y documentación complementaria, de 26 de noviembre de 1983.

*elaboradas en la jurisprudencia de la Rota Romana». Así, el ejemplo del que habla GARCIA FAILDE<sup>252</sup>: «Supongamos que la jurisprudencia de la Rota Romana tiene establecida la presunción judicial de que la persona que celebra el matrimonio con la firme decisión de no tener hijo alguno, autoriza a presumir que celebró el matrimonio con la firme decisión de que su matrimonio no esté intrínsecamente ordenado a la procreación; ningún juez puede establecer [aplicación directa del artículo 216.2] la presunción judicial general de que la decisión firme de no tener hijo alguno en el matrimonio no es intención firme de excluir la ordenación intrínseca del matrimonio a la procreación; otra cosa es que el juez no pueda y no deba examinar si en el caso que se la ha planteado se dio esa intención de no tener hijo alguno del matrimonio».*

En mi opinión, el párrafo segundo del artículo 216 supone una limitación a la facultad del juez de formar en cada caso presunciones de hecho con base en el canon 1586. Si, como he dicho, la única presunción que puede hacer el juez es aquella que, a partir de un hecho cierto y determinado (indicio), le permite, por medio de un razonamiento lógico, deducir que se ha producido otro hecho sobre el que no hay prueba directa, es difícil aceptar que esta deducción lógica, hecha en un caso concreto a partir de los hechos y circunstancias del mismo, deba rechazarse por discrepar de las presunciones hechas por la jurisprudencia rotal respecto a otros supuestos concretos diferentes.

Como dice BRIONES MARTÍNEZ, los medios probatorios y las presunciones utilizadas colaboran con el juez para adquirir certeza moral y deben ser tenidas en cuenta *«aplicando el principio de equidad, que atiende a la justicia in casu, y el principio de rationabilis que nos conduce a establecer la proporcionalidad entre los hechos, el capítulo que se invoca y la estructura objetiva y esencial del matrimonio canónico»*<sup>253</sup>.

Por tanto, el juez habrá de ponderar, con equidad canónica, las circunstancias del caso concreto, pues tan nocivo sería declarar la nulidad en supuestos de manifiesta ausencia o insuficiencia de las pruebas como mantener una aplicación a todo trance del *favor iuris*. La referencia a la «equidad canónica» encuentra su base en el párrafo segundo del canon 221 cuando dispone que los fieles tienen derecho a ser juzgados según las normas jurídicas, *«que deben ser aplicadas con equidad»*. El Santo Padre Pablo VI, en su Alocución al Tribunal de la Rota Romana de 8 de febrero

---

<sup>252</sup> GARCIA FAILDE, Juan José. *La intrucción Dignitas Connubii a examen*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia, 2006. p. 192.

<sup>253</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. *La prueba en la simulación parcial....* cit.

de 1973<sup>254</sup> manifestó que *«tanto en el trabajo del legislador canónico, como en la actividad del juez eclesiástico, la equidad canónica sigue siendo un ideal sublime y una preciosa norma de conducta»*. La equidad canónica confiere al Derecho de la Iglesia su fisonomía propia, su carácter pastoral y es definida por todos los canonistas como la justicia moderada por la dulzura de la misericordia, de forma que, en virtud de la misma, el juez considerará todo aquello que la caridad sugiera y consienta para evitar el rigor del Derecho y la rigidez de su expresión técnica; tendrá en cuenta la persona humana y las exigencias de la situación; y velará no sólo para tutelar el orden público, sino también para curar y educar, dando prueba de verdadera caridad.

Como dispone el canon 1608, para dictar cualquier sentencia (entiendo que se refiere a las sentencias de nulidad) se requiere en el ánimo del juez certeza moral sobre el asunto que debe dirimir. El juez ha de conseguir esta certeza moral valorando las pruebas según su conciencia y respetando las normas sobre la eficacia de algunas de estas. El juez que no haya podido alcanzar esta certeza tras un examen diligente de la causa, debe sentenciar que no consta la nulidad del matrimonio.

Por su parte, el artículo 247 de la Instrucción *Dignitas Connubii* precisa que para declarar la nulidad del matrimonio se requiere en el ánimo del juez certeza moral de esa nulidad. Y para tenerla no basta el peso prevalente de las pruebas y de los indicios, sino que *«se requiere también que se excluya cualquier prudente duda positiva de error, tanto en cuanto al derecho como en cuanto a los hechos, aunque no quede eliminada la mera posibilidad de lo contrario»* (par. 2).

Esta certeza moral es absolutamente necesaria para ir mas allá de la presunción de validez de que goza el matrimonio y poder concluir a favor de la nulidad, pues como dijo el Papa Juan Pablo II<sup>255</sup> *«a ningún juez le es lícito pronunciar sentencia a favor de la nulidad de un matrimonio si no ha llegado antes a la certeza moral de la existencia de dicha nulidad»*.

En definitiva, para declarar la nulidad del matrimonio se requiere certeza moral; sin ella, no se puede declarar la nulidad; sin embargo, para declarar que no consta la nulidad del matrimonio no se requiere certeza

---

<sup>254</sup> Pablo VI, Alocución al Tribunal de la Rota Romana, 8 de febrero de 1973. LIZARRAGA ARTOLA, Alejandro. *Discursos pontificios a la Rota Romana*. Pamplona: Eunsa, 2001. p. 71.

<sup>255</sup> Juan Pablo II, Discurso a la Rota Romana del año 1980. LIZARRAGA ARTOLA, Alejandro., *Discursos...* cit.

moral. Y según MORAN BUSTOS<sup>256</sup> «*el que la certeza moral se requiera para los pronunciamientos afirmativos, y no para los negativos, depende de la presunción de validez del matrimonio, y del sustrato ontológico de la misma: el ius connubii (la apertura óptica al matrimonio, la conyugabilidad radical de la persona)*».

### 3.5 El *favor iuris*: la protección jurídica de la institución matrimonial

El canon 1060 establece que «*El matrimonio goza del favor del derecho; por lo que, en la duda, se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario*».

La afirmación de que el matrimonio goza del favor del derecho (*favor iuris*, también llamado *favor matrimonii*) es un principio que procede del derecho natural<sup>257</sup> y que no persigue la protección de la persona sino que supone la tutela del matrimonio por parte del derecho en cuanto este protege determinadas relaciones jurídicas de interés público y social, como es el matrimonio.

En cuanto a la presunción de validez del matrimonio contraído que establece la última parte del canon 1060 es una presunción *iuris tantum*, ya que admite prueba en contrario.

Esta presunción impide que se declare nulo un matrimonio mientras no conste con certeza moral alguna causa de nulidad. Tal presunción es una exigencia del bien común y de la seguridad jurídica pues debe partirse siempre de la validez de los actos y no de su nulidad. Así, en los procesos de nulidad matrimonial debe partirse de la presunción de validez del matrimonio, de forma que será la parte que solicita la nulidad quien deba demostrar ésta y no la parte que se opone a ella quien deba demostrar la validez del vínculo.

---

<sup>256</sup> MORAN BUSTOS, Carlos.; PEÑA GARCIA, Carmen. *Nulidad de matrimonio y proceso canónico. Comentario adaptado a la Instrucción Dignitas Connubii*. Madrid: Dykinson, 2008.

<sup>257</sup> Para ABATE «*Este principio se funda en la experiencia humana. Normalmente quien pone un acto exigido por el derecho -especialmente si se trata de un acto importante como la celebración del matrimonio- quiere que alcance su efecto jurídico; por eso, para asegurar su validez, procura ponerlo legítimamente*» . ABATE, Antonio. *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*. Brescia-Roma, 1985. p 31-31. Citado por FERNÁNDEZ CASTAÑO, José María. *Legislación matrimonial de la Iglesia*. Salamanca: Editorial San Esteban, 1994.

No obstante, hay que tener presente que la aplicación de este principio puede conducir a que permanezcan unidos conyugalmente quienes en realidad no lo están, ya que la duda planteada no desaparece con la aplicación del principio y, por tanto, no hay tampoco certeza de la validez. Para un sector de la doctrina<sup>258</sup> es criticable la presunción recogida en el canon 1060 en su dimensión procesal porque una vez tramitado el proceso, en caso de duda positiva y probable sobre la nulidad del matrimonio, el juez, por dicha presunción, debe hacer prevalecer un matrimonio objetivamente dudoso. Para este sector doctrinal debe primar la comprensión personalista frente a la institución, de forma que si en un supuesto concreto existiera una situación de verdadera e irresoluble duda judicial, el *favor iuris* debería inclinarse a proteger la libertad de los sujetos de rehacer su vida y contraer nuevo matrimonio, pues no se puede obligar a las personas a permanecer unidas por un vínculo objetivamente dudoso.

Para CALLEJO DE PAZ<sup>259</sup> una primera dificultad que podemos percibir en este canon radica en la orientación con que puede marcar al órgano judicial a la hora de conocer de toda la causa en el sentido de que ya desde el inicio puede venir condicionado por el hecho de que no podrá declarar la nulidad cuando exista duda acerca de si un matrimonio fue celebrado válidamente. El peligro evidente en este caso es el menoscabo en el equilibrio que ha de caracterizar a la Administración de Justicia. Por otra parte, los fieles que se someten al juicio de la Iglesia deben tener en cuenta cuando piden la declaración de nulidad de un matrimonio que el juez denegará su pretensión en caso de duda y si conocen esta norma es previsible que tengan la impresión de que parten de una posición de desigualdad al plantear sus legítimos intereses ante los Tribunales de la Iglesia. Para este autor añadir más rigor a la actividad judicial supone más perjuicios que beneficios tanto de cara al bien y a la salvación personal de los fieles como a la credibilidad de la misma Iglesia, que habrá de juzgar con la debida serenidad estos casos teniendo siempre en cuenta que la salvación de las almas debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia (canon 1752). Además, en las uniones dudosas, más que en ningún otro caso, debe tener lugar una sana aplicación de la equidad canónica como justicia al caso concreto, «*que sabe medir y justipreciar las circunstancias que concurren en cada caso*». Cuando alguna norma positiva, como puede ser en este caso la del *favor iuris*, puede coartar la libertad judicial a la hora de

<sup>258</sup> CALVO TOJO, Manuel. *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*. Salamanca, 1999, pp. 113-115; CALLEJO DE LA PAZ, Rufino. *El favor matrimonii (cn.1060): aspectos a revisar*. Ciencia Tomista. 2000, 127/1, pp. 135-159; idem: *La posición de los tribunales eclesiásticos frente a la presunción del canon 1060*. Estudios Eclesiásticos. 2003. Vol. 78, núm. 307, pp. 695-713; VELA SÁNCHEZ, Luis. "Favor del derecho". *Diccionario de Derecho Canónico*. Madrid, 2000, pp. 310-313.

<sup>259</sup> CALLEJO DE PAZ, Rufino. *Persona e Institución. El derecho al matrimonio en el canon 1060*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2004. p. 219.

aplicar principios generales del derecho en la concreción del derecho en la Iglesia, habrá de plantearse qué debe primar: si la norma concreta o el principio general. En relación con la equidad canónica está la necesaria valoración personal y existencial de las causas de nulidad matrimoniales, lo que exige un esfuerzo del juez de tener presente la situación especial y concreta de quienes se someten a su juicio. Y en la medida en que el *favor iuris* incite al juez a «deshumanizar» su postura para primar el bien de la institución sobre el de las personas, esa figura jurídica impedirá una recta aplicación de la justicia en clave evangélica.

De lo anterior cabe concluir que es una cuestión en la que entran en conflicto valores importantes como son, por un lado, la protección del matrimonio y la seguridad jurídica respecto a su existencia, por otro, el derecho fundamental de la persona al matrimonio; conflicto que puede provocar importantes problemas morales en los sujetos, especialmente en supuestos de imposibilidad de prueba de la nulidad del matrimonio.

#### 4. MEDIDAS ADOPTADAS PARA EVITAR LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

##### 4.1 Formalidades canónicas previas a la celebración del matrimonio

Ya se han apuntado algunas soluciones para evitar los matrimonios de conveniencia objeto de este trabajo como, por ejemplo, desvincular el matrimonio del permiso de residencia al cónyuge nacional de un tercer país no comunitario, o eliminar cualquier trato de favor a los extranjeros por razón de su matrimonio. Pero estas soluciones dificultarían el derecho de los cónyuges a vivir juntos o el derecho a la reagrupación familiar, y entendido el matrimonio como una comunidad de vida y amor conyugal, precisamente habría que garantizar esa comunidad de vida posibilitando la residencia de determinados familiares en el país de acogida para así poder desarrollar una vida familiar. De aquí que sean recomendables otras medidas para evitar la celebración de matrimonios fraudulentos.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico, esto es, ante el Ordinario del lugar o el párroco, o por delegación ante un sacerdote o un diácono, y ante dos testigos, de conformidad con lo dispuesto en el canon 1108.

Las personas que desean celebrar matrimonio canónico -a diferencia de lo que hemos visto con los otros matrimonios religiosos- no tienen que ir al Registro Civil para tramitar el expediente previo al que nos hemos referido anteriormente, sino a su parroquia para que se les instruya el expediente matrimonial, con la finalidad de que conste que nada se opone a la válida celebración del matrimonio según las normas del derecho canónico en lo referente a la habilidad, capacidad de las partes e inexistencia de defectos o vicios del consentimiento, pues así lo dispone el canon 1066: *«Antes de que se celebre el matrimonio, debe constar que nada se opone a su celebración válida y lícita»*.

Por su parte, el canon 1067 dispone que *«La Conferencia Episcopal establecerá normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos, para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio»*. Es, pues, tarea del párroco que realiza los trámites previos a la celebración del matrimonio constatar que nada se opone a su válida celebración. Y si le constan al menos indicios de la posible nulidad del matrimonio proyectado (por ejemplo, si le consta con la suficiente certeza la intención fraudulenta de los contrayentes), no debe proceder a su celebración.

La primera norma al respecto emanada de la Conferencia Episcopal Española fue el Primer Decreto General sobre Normas complementarias al Código, de 26 de noviembre de 1983<sup>260</sup>. Este Decreto abarca la casi totalidad de las cuestiones que el Código dejaba atribuidas a las Conferencias de Obispos en materia de matrimonio, salvo tres excepciones. Una de ellas fue la regulación de los esponsales. Las normas sobre la promesa de matrimonio seguirían regulándose por las normas contenidas en el anterior Código de 1917 hasta la aplicación del Cuarto Decreto General sobre normas complementarias al Código, de 21 de noviembre de 1986, cuyo artículo 2 dispone *«que tenga fuerza de ley canónica la legislación civil española que regula los esponsales, tanto la del Código civil como la de los Derechos forales, quedando íntegra la salvedad del c. 1290<sup>261</sup>»*. La

---

<sup>260</sup> Teniendo en cuenta que el Código fue promulgado el 25 de enero del mismo año, se puede decir que la Conferencia Episcopal hizo un gran esfuerzo para, con prontitud, complementar la legislación del Código.

<sup>261</sup> El canon 1290 establece: *«Lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos, tanto en general como en particular, y sobre los pagos, debe observarse con los mismos efectos en virtud del derecho canónico en materias sometidas a la potestad de régimen de la Iglesia, salvo que sea contrario al derecho divino o que el derecho canónico prescriba otras cosa, [...]»*



causa de esta excepción podría deberse a la escasa incidencia actual en España de este tipo de promesas o a la necesidad de estudio de la legislación civil en los distintos ámbitos del Estado español antes de determinar la remisión a dichos ordenamientos.

Las otras dos materias que la Conferencia Episcopal Española no reguló en su Primer Decreto general sobre las Normas complementarias al Código de 1983 fueron las referidas a la posibilidad de delegar a laicos la facultad de asistir a los matrimonios (c. 1112)<sup>262</sup> y la posibilidad de nombrar jueces laicos que pudieran actuar en un tribunal colegiado (c. 1442.2)<sup>263</sup>, sin perjuicio de lo que en el futuro pueda disponerse.

Dicho lo anterior, analizo ahora el contenido positivo de este Primer Decreto que se refiere, en sus artículos 11 y 12, a los siguientes temas contenidos en tres cánones: la edad mínima para contraer matrimonio, que fija en dieciocho años (el canon 1083 establece la edad mínima en dieciséis años para el varón y catorce para la mujer, pero faculta a la Conferencia Episcopal para aumentarla); el expediente y las proclamas que deben anteceder al matrimonio (canon 1067); y las declaraciones y promesas que deben realizarse antes de la celebración de un matrimonio mixto (c. 1126). De ellos, las normas referidas a la preparación del matrimonio son las que ahora nos interesan y en este punto quiero recordar que no se trata de normas pastorales, sino de normas jurídicas, que se refieren a distintos aspectos de la preparación del matrimonio, especialmente relacionados con la ayuda para asegurar en lo posible la validez de la unión matrimonial.

Recordando lo dispuesto en el canon 1067: *«La Conferencia Episcopal establecerá normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos, para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio»*, la Conferencia Episcopal Española estableció en el Decreto que las proclamas debían publicarse por edicto fijado en las puertas de las Iglesias por un plazo de quince días o, donde hubiese tradición de ello, leyéndolas al menos en dos días de fiesta.

---

<sup>262</sup> El canon 1112 dice: *«1. Donde no haya sacerdotes ni diáconos, el Obispo diocesano, previo voto favorable de la Conferencia Episcopal y obtenida la licencia de la Santa Sede, puede delegar a laicos para que asistan a los matrimonios. 2. Se debe elegir un laico idóneo, capaz de instruir a los contrayentes y apto para celebrar debidamente la liturgia matrimonial»*.

<sup>263</sup> El canon 1421.2 establece: *«La Conferencia Episcopal puede permitir que también los laicos sean nombrados jueces, uno de los cuales, en caso de necesidad, puede integrar el tribunal colegiado»*.

Para el conocimiento de la voluntad matrimonial de los contrayentes, el artículo 12 del Decreto establece que se haga un expediente matrimonial que incluya el examen de los contrayentes y de los testigos. Este examen está regulado en el anexo 3 del Decreto («Esquema de modelo de expediente matrimonial») que especifica los elementos que deben ser incluidos en el expediente prematrimonial.

Dichos elementos están distribuidos en apartados que incluyen los datos personales de los contrayentes; los impedimentos canónicos; el consentimiento matrimonial; la constatación de la formación suficiente; las dispensas y licencias; las proclamas matrimoniales u otros medios; la constatación de la celebración del matrimonio y diligencias subsiguientes; un guión para el examen de los testigos y una advertencia que recuerda que los envíos de toda documentación a otra Diócesis deben realizarse por medio de las curias.

Es, pues, un esquema completo y preciso en el que, respecto a los datos personales, se pide: nombres de los padres; lugar de nacimiento; estado; profesión; Documento Nacional de Identidad; fecha de nacimiento acreditada documentalmente; fecha de bautismo y datos de registro acreditados documentalmente y legalizados, si proceden de otra diócesis; fecha de la confirmación, si es posible; religión; y residencia actual y residencias anteriores.

En el apartado de impedimentos simplemente se enumeran éstos o se indican los cánones correspondientes, para que sean tenidos en cuenta en el examen: órdenes sagradas (c. 1087); voto público perpetuo de castidad en algún instituto religioso (c. 1088); rapto (c. 1089); crimen (1090); consanguinidad (c. 1091); afinidad (c. 1092); pública honestidad (c. 1093); parentesco legal (c. 1094) y otros impedimentos (c. 1093, 1084, 1085 y 1086).

Respecto al consentimiento matrimonial, el Primer Decreto recuerda la necesidad de un conocimiento mínimo de lo que es el matrimonio y sus propiedades esenciales; la investigación sobre la posible existencia de alguna cualidad que por su propia naturaleza pueda perturbar la vida conyugal; la necesaria aceptación del matrimonio en conformidad con la doctrina canónica: uno e indisoluble, ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos; y el examen acerca de alguna posible condición o coacción.

En definitiva, se trata de obtener una información del sujeto y, a la vez, comprobar que este conoce y comparte una información adecuada a propósito del matrimonio. No se trata tanto de rellenar un cuestionario como de dialogar de forma que se conozca la verdad de la situación y de la actitud de una persona respecto al matrimonio: ausencia de impedimentos y adecuada percepción por parte del intelecto de lo que constituye el objeto del consentimiento; el contenido esencial de la institución matrimonial y, finalmente, el ajuste de la voluntad expresada con respecto a dicho objeto, es decir, con respecto a la aceptación y entrega de sí mismo y del otro cónyuge.

El siguiente apartado hace referencia a la constatación de la formación suficiente, admitiendo que tal formación puede haber sido recibida bien en cursos de formación prematrimonial, bien a través de la instrucción personal. Hay que recordar en este punto que toda persona tiene derecho a contraer matrimonio y si además tiene capacidad jurídica para obrar en materia matrimonial, no puede impedirse su ejercicio. Por otro lado, el bautizado o recibido en la Iglesia católica que no se haya apartado de ella por un acto formal está obligado a contraer matrimonio en forma canónica.

De todo lo anterior se desprende el papel fundamental de los pastores en constatar que se dan las condiciones necesarias para la celebración de un matrimonio *in facie Ecclesiae*, teniendo en cuenta, en primer lugar, que basta que no haya nada que obste a la validez, o sea, que el criterio se apoya en el mínimo: lo sustancial, aunque lo deseable siempre será el máximo, pues hay que tener presente que las cuestiones planteadas en el expediente matrimonial van encaminadas a garantizar en lo posible la validez jurídica del acto, lo que no debe confundirse con la preparación espiritual de los contrayentes. Y en segundo lugar conviene destacar que el sacerdote que realiza el expediente ejerce su ministerio como servicio a los fieles. Por ello, si observa que falta o falla alguna de las condiciones requeridas no bastaría con que se negase a asistir como testigo cualificado ante la unión que solicitan. El sentido pastoral que debe impregnar todas las relaciones jurídicas en la Iglesia exigiría de él que pusiera todos los medios adecuados primero para explicar las dificultades o dudas que se presentan y luego para resolverlas del mejor modo y con la mayor prontitud.

Por último, el expediente añade otros apartados para hacer constar las posibles dispensas y licencias; la realización de las proclamas

matrimoniales y recepción de los testimonios necesarios o informes periciales, para casos de defecto físico o psíquico; y la constatación de la celebración del matrimonio: la fecha, lugar y nombre del testigo cualificado que recibió el consentimiento y la notificación de la celebración.

A continuación, el Decreto hace referencia al examen de los testigos y recoge los datos que deben tenerse en cuenta para su examen acerca de lo que podría obstar a la validez del matrimonio: tras interrogarles sobre los datos personales y desde cuándo conocen al contrayente y trato y relación que hayan tenido y tienen con él, se le formulan preguntas sobre la posible existencia de impedimentos; si estiman que el contrayente ha alcanzado la madurez suficiente y será capaz de cumplir las obligaciones del matrimonio que va a contraer; si al contrayente le afecta alguna cualidad que puede perturbar la vida conyugal; si ha manifestado públicamente alguna reserva con relación a la fidelidad conyugal, indisolubilidad del matrimonio, generación y educación de la prole y si entiende el matrimonio como una comunidad de vida; si pone alguna condición al matrimonio; si contrae libre y espontáneamente o bajo presión o amenaza; si se trata de persona creyente o es una persona totalmente alejada de la Iglesia y si el matrimonio que se va a contraer es considerado normal o llama la atención y, en su caso, por qué.

Estas normas parecen suficientes para lograr su objetivo, son precisas en la formulación y plausibles en orden a su aplicación.

Además de observarse este Decreto, para comprobar la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial cuando uno de los contrayentes es extranjero, distintas Diócesis, entre ellas Orihuela-Alicante, Valencia, Zaragoza, Santiago de Compostela, Cádiz-Ceuta y Gerona, preocupadas por el aumento de los matrimonios de conveniencia en su territorio, han adoptado una serie de medidas para, sin menoscabar el «*ius connubii*» que tiene toda persona, evitar con cautela, diligencia y prudencia que el matrimonio canónico se utilice para conseguir otros fines ajenos a los propios de la institución matrimonial. La Conferencia Episcopal Española no ha dado ninguna norma al respecto y no será fácil que lo haga, pues al no ser materia de su competencia, conforme al canon 455, necesitaría mandato especial de la Santa Sede. (El canon 455, apartado 1, dice: «*La Conferencia Episcopal puede dar decretos generales tan solo en los casos en que así lo establezca un mandato especial de la Sede Apostólica, otorgado motu proprio o a petición de la misma conferencia*»).

Así, la Diócesis de Orihuela-Alicante<sup>264</sup> viene pidiendo a sus párrocos precaución especial a la hora de instruir los expedientes de extranjeros, sobre todo de países fuera de la Comunidad Europea, ya que se ha apreciado que acuden a la Iglesia porque piensan que los trámites son más rápidos que en el Juzgado; se han comprobado falsificaciones de partidas de bautismo, sobre todo en nigerianos; algunos han pedido el bautismo (e incluso lo han recibido) con el fin de poder acceder al matrimonio canónico y legalizar su situación; se han falsificado también los certificados que se remiten al Registro Civil; y se ha observado que cuando encuentran dificultades en algún sitio, se marchan a otro y van «*probando suerte*» en distintas parroquias (e incluso Diócesis) hasta conseguir su objetivo.

A la vista de lo anterior se han recomendado las siguientes medidas cautelares:

a) En el caso de ciudadanos de la India, Pakistán y Nigeria, se recomienda que contraigan matrimonio civil antes que el canónico.

b) Cualquier ciudadano extranjero debe aportar:

- Certificación literal de nacimiento expedida por el Registro Civil correspondiente al lugar de su nacimiento.
- Documento civil que acredite su estado civil. En muchos casos, es el Consulado del país el que emite ese documento que, al igual que el anterior, deberá estar legalizado por la Embajada u oficina consular española del país de origen del futuro contrayente, e ir acompañado de su correspondiente traducción realizada por organismo diplomático consular o intérprete jurado.
- Declaración jurada de los futuros contrayentes de que son solteros realizada ante un sacerdote.

---

<sup>264</sup> Normas para los expedientes matrimoniales de extranjeros no comunitarios. Diócesis de Orihuela-Alicante. Agradezco a don Francisco Conesa Ferrer, Vicario General, que me remitiese las normas por correo electrónico.

- Certificado de empadronamiento para acreditar que pertenecen a la parroquia y evitar que vayan de una a otra.
- Fotocopia del pasaporte o tarjeta de residencia.
- Si el extranjero es católico, partida de bautismo reciente debidamente legalizada que se remitirá al Obispado correspondiente para que la autentifique o aportar los datos para pedirla desde el Obispado (esto es lo recomendable en el caso de los nigerianos).
- Si no es católico, el extranjero debe acreditar su bautismo en otra Iglesia no católica o prestar una declaración jurada de que no ha sido bautizado junto a la declaración de respeto a la fe católica. En estos casos, el expediente se remite al Obispado para la correspondiente licencia (matrimonio mixto<sup>265</sup>) o para la dispensa de impedimento de disparidad de culto (matrimonio entre una persona bautizada y otra no bautizada).

c) En la notificación al Registro Civil debe usarse siempre el modelo oficial (disponible en la Curia) para evitar falsificaciones. (En el caso del municipio de Alicante, deben comunicarse al Obispado los matrimonios realizados entre españoles y ciudadanos no comunitarios).

d) Se aconseja no fijar la fecha de la boda mientras no se tenga toda la documentación en regla.

e) Se recomienda consultar a la Vicaria General ante cualquier duda.

Por su parte, el Arzobispado de Valencia<sup>266</sup> ha ido más allá estableciendo que la tramitación del expediente, cuando uno o los dos contrayentes son extranjeros residentes en España o cuando uno de los contrayentes es extranjero no residente en España, se llevará a cabo inexcusablemente en la

<sup>265</sup> El matrimonio mixto es el celebrado entre dos personas bautizadas, una en la Iglesia Católica o acogida en ella después del bautismo recibido válidamente y que no la haya abandonado con un acto formal, y otra bautizada en una Iglesia o Comunidad cristiana que no se halle en comunión plena con la Iglesia católica.

<sup>266</sup> Decreto del Arzobispo de Valencia, Monseñor Agustín García-Gasco, firmado en julio de 2007 (entró en vigor el 1 de septiembre de 2007). Boletín Oficial del Arzobispado de Valencia, agosto de 2007.

Curia, en la Notaría de Matrimonios, con intervención del Promotor de Justicia que deberá examinar la documentación, y no en las parroquias, como se venía haciendo. Además, para ejercer mayor control, se piden los mismos documentos y requisitos que en el ámbito civil, aparte de los requisitos eclesiásticos, pues se pretende una colaboración con la jurisdicción civil, por cuanto comparten el mismo interés en evitar que se produzcan los matrimonios de conveniencia.

En el caso de que ambos contrayentes sean extranjeros no residentes en España, deben tramitar el expediente en la parroquia católica de su país, y tras ser aprobado por su Obispado, desde allí remitirlo a la Notaria de Matrimonios del Arzobispado de Valencia para que se compruebe la documentación aportada.

Este sistema de controles establecido por el Arzobispado de Valencia pretende atender la pluralidad social y religiosa actual de la sociedad y facilitar la labor pastoral de los párrocos en esta materia. Y no hay duda de lo conveniente que sería extender esta práctica y centralizar en las Curias la tramitación de los expedientes matrimoniales con extranjeros, pues la existencia de personas con acreditados conocimientos jurídicos, civiles y canónicos, y con amplia experiencia pastoral en la Notaría de matrimonios, permitiría:

- entrevistarse con los novios e interrogarlos con cautela y prudencia sobre datos personales, profesionales, hábitos, aficiones, etc., en audiencia reservada y por separado, para averiguar la verdadera voluntad matrimonial.
- verificar que la documentación presentada está debidamente traducida y legalizada por las autoridades competentes. Además convendría que se exigiese el certificado de empadronamiento actual del Ayuntamiento de los dos últimos años pues se han dado casos en que se declaran domicilios inexistentes, o donde desconocen a los contrayentes, o se trata de empadronamientos recientes.
- si uno o los dos contrayentes no residen en España, el expediente deberá ser tramitado en la parroquia católica de su país; aprobado en la diócesis y el obispado de allí y entregado en la diócesis de aquí para que, tras su

comprobación, se una, en su caso, al expediente del contrayente tramitado en la diócesis española, siendo ésta la que autorice la celebración del matrimonio.

La aplicación de estas medidas cautelares pretende, por un lado, proteger el «*ius connubii*», evitando la utilización fraudulenta del matrimonio y, por otro, evitar que los contrayentes busquen a los párrocos que más facilidades otorgan para contraer matrimonio o a los que sea más fácil engañar.

También el Arzobispado de Santiago de Compostela, en su Boletín Oficial de enero de 2008<sup>267</sup>, ha publicado unas normas dirigidas a los párrocos y encargados de feligresías advirtiéndoles de situaciones irregulares que se están produciendo en el Arzobispado y en otras Diócesis en relación con la solicitud de celebración de matrimonio canónico entre español y extranjero<sup>268</sup>. Así, antes de que el sacerdote acepte la fecha propuesta por los contrayentes para celebrar matrimonio, el contrayente extranjero debe presentar la siguiente documentación, traducida al castellano o al gallego por un traductor jurado:

- Certificación literal de nacimiento, debidamente legalizada por la autoridad competente, de la que se entregará la certificación original.
- Certificación de requisitos de capacidad para contraer matrimonio según la legislación de ese Estado, expedida por el Consulado o Embajada de su país en España.
- Certificación de libertad y soltería expedida por la autoridad competente. Si el promotor hubiera residido en su país dentro de los dos últimos años, deberá presentar Certificación del Consulado o de la Embajada que manifieste si conforme a la legislación de su país es necesaria o no la publicación de edictos anunciando la pretensión de celebrar matrimonio.

---

<sup>267</sup> Boletín Oficial del Arzobispado de Santiago de Compostela. Año CXLVII, enero 2008, núm. 3.627.

<sup>268</sup> En ellas hace referencia a que siete parejas provenientes del Levante español, de nacionalidad española y nigeriana, se presentaron en una parroquia urbana de la Diócesis de Santiago aportando la documentación básica para casarse, a resultas de cumplimentar el expediente canónico; tramitación que fue denegada.



- Fotocopia del pasaporte o documento identificativo actualizados.
- En el supuesto de divorcio declarado por una sentencia dictada por un tribunal extranjero, deberá acreditarse haber obtenido el *exequatur* por la Sala 1ª del Tribunal Supremo o por el Juzgado que tenga la competencia objetiva y territorial.

Toda esta documentación civil de la parte extranjera deberá ser presentada en la Sección de extranjería de las Oficinas de la Policía, para verificar si los datos aportados son correctos y que no existe fraude de ley.

Además, si la parte extranjera está válidamente bautizada es necesario acompañar, debidamente traducidas al castellano o al gallego por traductor jurado, lo siguiente:

- Certificación actualizada del bautismo, legalizada por la correspondiente autoridad de su Iglesia o Confesión.
- Certificación de libertad, soltería y capacidad para contraer matrimonio canónico emitida por la autoridad religiosa competente. (Se recuerda que algunas Iglesias o Confesiones de la Reforma remiten los testimonios emanados de las Autoridades civiles, no expidiendo el Pastor las certificaciones).

La petición de la documentación canónica actualizada se hará desde el Arzobispado de Santiago de Compostela al Obispado de la parte extranjera. Y si la parte extranjera ha sido bautizada en otra Iglesia o Confesión cristiana, una vez reconocida la documentación en la Vicaría General se concretará el procedimiento a seguir.

También se deberán prestar -sigue diciendo la norma- las cauciones que establece la legislación canónica, previa a la concesión de la licencia que otorgará el Ordinario para proceder a este matrimonio mixto o para la dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

Y, por último, para dejar constancia de las circunstancias, se tramitará en la parroquia de la parte católica el expediente supletorio.

La exigencia de toda la documentación anterior responde a la necesidad de obrar con cautela por la generalización de los matrimonios de conveniencia entre extranjero y español con la finalidad de obtener el permiso de residencia o de ampliarlo, accediendo así más fácilmente a un contrato de trabajo y a una estancia prolongada -dice la norma-, encareciendo a los sacerdotes encargados de la pastoral parroquial el fiel cumplimiento de las disposiciones canónicas y de la legislación civil en lo referente al matrimonio canónico.

Se ha detectado la falsificación de certificaciones de bautismo y de testimonios de soltería, de ahí que solamente se admitirá la documentación matrimonial que venga de Obispado a Obispado. También hay que tener especial cuidado en la tramitación de expedientes matrimoniales de aquellos inmigrantes que no tenga el domicilio o permanencia estable en la parroquia a la que acuden para casarse, pues se han constatado casos de inmigrantes que anduvieron «*peregrinando*» de parroquia en parroquia buscando un sacerdote «*comprensivo y menos exigente*». La parte española deberá tramitar el expediente en la parroquia de su domicilio y desde su Obispado será reenviado el pertinente atestado canónico al Arzobispado de Santiago de Compostela.

Con todo ello, además de proteger la institución matrimonial, «*no se trata de sancionar a la inmensa mayoría de los inmigrantes*» –sigue diciendo el Arzobispado de Santiago de Compostela-, sino de «*defender la propia dignidad del inmigrante y de evitar la extorsión de grupos de presión*».

Posteriormente, el Arzobispado de Zaragoza ha aprobado<sup>269</sup> una serie de normas que deberán ser observadas en la Diócesis para la tramitación de los expedientes matrimoniales cuando uno o los dos contrayentes son extranjeros no comunitarios. Así, antes de iniciar el expediente, el párroco ha de realizar personalmente una primera acogida pastoral con el fin de practicar el examen de cada uno de los contrayentes por separado, para comprobar la habilidad y capacidad de cada una de las partes, su madurez y libertad, su condición de persona libre y soltera, y su conocimiento del

---

<sup>269</sup> Normas aprobadas por el Arzobispo de Zaragoza, a propuesta del Consejo Episcopal, el día 10 de marzo de 2008.

sacramento del matrimonio. Asimismo, debe averiguar el real conocimiento que tienen el uno del otro, sus gustos personales y los motivos de querer unir sus vidas en matrimonio.

Realizado este primer encuentro, el párroco remitirá a los contrayentes a la Curia donde deberán presentar todos los documentos eclesiásticos y civiles con el fin de compulsar la autenticidad de los mismos. Posteriormente, y si procede, la Curia Diocesana dará autorización por escrito al párroco correspondiente para la realización del expediente, el cual, una vez finalizado, será remitido a la Curia para que, a la vista del mismo, autorice definitivamente por escrito la celebración del matrimonio, autorización que será enviada directamente al párroco, y no por medio de los contrayentes.

Los documentos que la parte extranjera ha de acompañar son los siguientes:

- El certificado de nacimiento y el certificado de soltería de los no bautizados (deben ser documentos originales, con su correspondiente traducción realizada por organismo diplomático, consular o intérprete jurado, y debidamente legalizados por la Embajada u Oficina consular española del país de origen del futuro contrayente).
- El documento acreditativo de la identidad personal, como el pasaporte, la cédula de identidad del país de origen o la autorización de residencia en España (analizado el original del documento de identidad personal, ha de incorporarse una copia del mismo autenticada por el Notario de la Curia).
- La partida de bautismo legalizada.
- El certificado de empadronamiento emitido por el Ayuntamiento.

También la Diócesis de Cádiz y Ceuta publicó una Circular sobre el matrimonio de extranjeros ajenos a la Comunidad Europea, de fecha 28 de mayo de 2008, porque había aumentado de forma alarmante el número de nigerianos que contraían matrimonio en España, normalmente con

españolas y se habían apreciado graves anomalías e incluso falsificaciones en la documentación que aportaban. En dicha Circular se aconseja a los sacerdotes que adopten las siguientes precauciones:

- Antes de abrir el expediente matrimonial, el contrayente extranjero no comunitario debe presentar el pasaporte vigente, el permiso de residencia y el certificado de empadronamiento, quedando en la parroquia fotocopias de dichos documentos compulsadas por el párroco.
- También debe aportar certificados auténticos de nacimiento y soltería y, si es cristiano, el de bautismo.
- Una vez instruido el expediente, se consulta al Obispado que, en su caso, autorizará la celebración del matrimonio.
- Para evitar situaciones comprometidas, se evitará fijar la fecha de la boda antes de contar con la aprobación del Obispado.
- Ante cualquier duda, antes de iniciar la instrucción del expediente, se consultará con la Vicaría General.

Finalmente, en el Obispado de Girona se han dado casos en pequeñas parroquias de peticiones de matrimonio entre extranjeros, sobre todo indios y paquistaníes, que pretendían casarse con una mujer española para conseguir la residencia. En ocasiones, presentaban partidas de bautismo falsificadas. El Obispado recomienda a los sacerdotes que, en caso de duda, envíen la partida de bautismo al Obispado para que este la remita al de origen a fin de que declaren si es o no auténtica. También, se recomienda a los novios que primero celebren su boda por lo civil y que después vuelvan a casarse por la Iglesia<sup>270</sup>.

En la prensa española<sup>271</sup> aparece reflejada esta realidad: la policía ha desmantelado varias bandas que ofrecían matrimonios de conveniencia a inmigrantes. Estas mafias tenían localizadas las iglesias en las que el

---

<sup>270</sup> «Curas de Girona denuncian presiones para celebrar matrimonios de conveniencia». Diario El Mundo. 24/08/2009. Agradezco a don Joseph Ramírez, Notario-Secretario de la Curia Diocesana de Girona, que mediante conversación telefónica me ampliase el contenido de este artículo..

<sup>271</sup> Diario El País. 10/06/2008. «Una mafia convenció a párrocos para officiar 400 bodas amañadas».

control de la documentación exigida para las bodas era menos riguroso y tras convencer al párroco de que les urgía casarse acababan celebrando una boda de conveniencia que permitía a uno de los contrayentes regularizar su situación en España. Se presentaban certificados falsos de bautismo católico y otros tipos de documentos, e incluso testigos y asistentes al enlace falsos. Estas bodas tenían, en el caso de una mafia desmantelada en Castellón en junio de 2008, un coste de 10.000 euros para el inmigrante, de los que el contrayente español recibía 3.000 (también se han detectado casos de bigamia en los que una misma persona se ha casado en varias ocasiones utilizando identidades falsas con el único objetivo de lograr los 3.000 euros por el «servicio»).

#### 4.2 Medidas posteriores a la celebración del matrimonio canónico

Analizo a continuación la posibilidad de que celebrado el matrimonio canónico, el encargado del Registro advierta, en el momento de la inscripción, que se trata de un matrimonio de conveniencia, y cómo debe actuar este.

##### 4.2.1 Formalidades civiles en la inscripción del matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico

Una vez celebrado el matrimonio canónico, el párroco entrega a los contrayentes la certificación eclesiástica de la celebración del matrimonio que estos deben presentar ante el encargado del Registro Civil correspondiente para su inscripción. Esto es, el único título para practicar la inscripción es la simple certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio, bien la presenten directamente los interesados, bien sea remitida por el párroco al Registro competente. El encargado del Registro Civil practicará la inscripción mediante transcripción de los datos oportunos de la certificación eclesiástica,<sup>272</sup> y tras ella, entregará a los contrayentes un libro de familia acreditativo del nuevo estado civil.

Si en el momento de la inscripción, el encargado del Registro Civil sospecha del matrimonio canónico celebrado, puede actuar de la siguiente manera:

---

<sup>272</sup> Circular de 15 de febrero de 1980, sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos. B.O.E. núm. 47, de 23 de febrero de 1980.

- a) Paralizar la inscripción de este matrimonio canónico hasta la necesaria comprobación.
- b) Solicitar al párroco el envío del expediente matrimonial canónico.
- c) Realizar a los contrayentes la entrevista reservada y por separado recogida en la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia, aun sabiendo que esta instrucción no se aplica al matrimonio canónico.
- d) Comprobar policialmente el domicilio declarado.

En función del resultado obtenido tras estas comprobaciones, el encargado del Registro Civil puede: inscribir el matrimonio si no tiene dudas sobre la autenticidad del consentimiento o, en su caso, remitir lo actuado al Ministerio Fiscal a los fines previstos en el artículo 74 del Código civil (acción de nulidad).

La aplicación de estas formalidades civiles en la inscripción supone la calificación por parte del encargado del Registro Civil de la certificación eclesiástica y ello puede conculcar el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico establecido en el Acuerdo suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, que regula que la inscripción del matrimonio canónico es automática a la vista de la certificación eclesiástica presentada. Pero no hay que olvidar que tanto el Estado como la Iglesia están obligados a cooperar en beneficio de las personas que, como contrayentes canónicos, reúnen la doble condición de ciudadanos y de creyentes, tutelándose así el matrimonio y la familia y protegiendo, en definitiva, el bien común de la sociedad.

#### 4.2.2 Solicitar la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial

Según el canon 1674, son hábiles para impugnar el matrimonio los cónyuges y el promotor de justicia, cuando la nulidad ya se ha divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio. El proceso, en el que se alegará la nulidad del matrimonio de conveniencia por ausencia de

consentimiento matrimonial, se tramitará de conformidad con lo establecido en los cánones 1671 y siguientes. La sentencia que declare por primera vez la nulidad de un matrimonio se eleva de oficio al tribunal de apelación para que, vistas las observaciones del defensor del vínculo y, si las hay, de las partes, la confirme (lo que hará mediante decreto) o la examine de nuevo por el trámite ordinario (decisión que también adoptará mediante decreto) y dicte una segunda sentencia.

Cuando la sentencia que por vez primera declaró la nulidad del matrimonio sea confirmada en grado de apelación mediante decreto o nueva sentencia, aquellos cuyo matrimonio haya sido declarado nulo pueden contraer nuevas nupcias, a no ser que se prohíba por un veto incluido en la sentencia o decreto, o establecido por el Ordinario del lugar.

Alcanzada la doble conformidad sobre la nulidad mediante decreto ratificatorio o nueva sentencia, la declaración de nulidad es ejecutiva y el Vicario judicial debe notificarla al Ordinario del lugar en el que se celebró el matrimonio para que la anote en el Libro de matrimonios y en el de bautismos, así como las prohibiciones que en su caso se hayan añadido.

## 5. EFECTOS CIVILES DE LAS RESOLUCIONES CANÓNICAS

Analizo a continuación los efectos civiles de las resoluciones canónicas, pues, como ya se ha visto, algunos inmigrantes recurren al matrimonio canónico para adquirir la condición de cónyuge de un ciudadano español y así acogerse a los beneficios que se derivan de tal condición. Si después alguno de los cónyuges, o los dos, quieren poner fin a tal vínculo jurídico y acuden a los Tribunales eclesiásticos solicitando la declaración de nulidad, esa resolución eclesiástica, para que tenga efectos civiles, debe ser declarada ajustada al Derecho del Estado por la jurisdicción ordinaria.

El artículo 6.1 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979 dispone que «*El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia de matrimonio*».

Esto es, los efectos civiles del matrimonio celebrado según el rito católico se producen -automáticamente- desde su celebración, teniendo pleno reconocimiento desde la inscripción del matrimonio en el Registro civil.

Pero no ocurre así en los supuestos de declaración de nulidad del matrimonio por los Tribunales eclesiásticos o con la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. El apartado segundo del citado artículo 6 del Acuerdo dispone que *«Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando la declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente»*.

De lo anterior cabe concluir que, a diferencia de lo que ocurre con la celebración del matrimonio, la cooperación del Estado con la Iglesia Católica no implica el automatismo por parte de los Tribunales del Estado en el reconocimiento y aplicación de las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. La razón se encuentra -como recogen, entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995, 8 de marzo de 2001, 27 de junio de 2002 y 23 de marzo de 2005- en que el reconocimiento inmediato en los mencionados supuestos conculcaría el artículo 117.3 de la Constitución Española que establece: *«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunal determinados por las leyes [...]»*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional recuerda en su sentencia de 26 de enero de 1981 que *«En la legalidad actual carecen los Tribunales Eclesiásticos de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación. Desde la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sólo las separaciones decididas por los Jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil [...] y es que la Constitución, vigente desde el 29 de diciembre de 1979 proclama, a los efectos que importan en este proceso, la aconfesionalidad (16.3) y la exclusividad jurisdiccional (117.3)»*. (Aunque esta sentencia se refiere a un supuesto de separación, es extensible a los casos de nulidad y decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado).



En definitiva, el sistema español de reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos en materia matrimonial tiene como base incuestionable la exclusividad jurisdiccional y la aconfesionalidad del Estado español, principio establecido además de en el artículo 16.2 de la Constitución española, en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que proclama la libertad religiosa de una manera absoluta.

En este punto quiero mencionar que, en el marco de la Unión Europea, se reconoce la eficacia de las resoluciones canónicas homologadas en España y también en Portugal, Italia o Malta, de acuerdo con sus acuerdos concordatarios<sup>273</sup>.

La nulidad del vínculo matrimonial canónico, homologada por los Tribunales nacionales y con reconocimiento en el marco europeo, tiene consecuencias en el derecho a la vida familiar y en los beneficios que se derivan por el hecho de ser cónyuge de un ciudadano español o europeo, por lo que a continuación analizo los aspectos sustantivos y procesales de la homologación.

#### 5.1 Aspectos sustantivos de la homologación civil de resoluciones canónicas

La homologación civil de las resoluciones canónicas se regula en el artículo 6.2 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, en el artículo 80 del Código Civil y, por remisión de éste, en el artículo 954 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente en virtud de la disposición derogatoria única de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta que se apruebe la Ley de cooperación jurídica internacional en esta materia.

Dictada una resolución canónica de nulidad, el artículo 6.2 del citado acuerdo establece que: « [...] *A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente*». Esto es, cualquiera de los cónyuges podrá acudir a los Tribunales civiles solicitando la declaración de efectos civiles de la resolución canónica.

---

<sup>273</sup> Vid., sobre este tema RODRIGUEZ CHACON, Rafael. “Sentencias matrimoniales canónicas y Unión Europea”. Iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2005, núm. 7.

Por su parte, el artículo 80 del Código civil establece que *«Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»*. Así, cualquiera de los cónyuges podrá acudir al Juez civil solicitando la declaración de efectos civiles de la resolución canónica, que la pronunciará si la encuentra ajustada al Derecho del Estado, conforme a las condiciones que establece el artículo 954.

Este artículo 954 establece el régimen supletorio previsto para el caso de que no exista Tratado internacional aplicable y no proceda aplicar el principio de reciprocidad en orden a obtener el reconocimiento de una sentencia dictada por Tribunales extranjeros, y dispone:

*«[...] las ejecutorias tendrán fuerza en España, si reúnen las circunstancias siguientes:*

*1.- Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.*

*2.- Que no haya sido dictada en rebeldía.*

*3.- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.*

*4.- Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España».*

No hay discusión respecto a que la acción solicitando la eficacia civil de la resolución canónica es una acción personal y lícita, por lo que el examen de los requisitos formales de la resolución canónica se ciñe a dos exigencias: que se trate de una resolución auténtica y que no haya sido dictada en rebeldía.

Sentado lo anterior se puede concluir que, de acuerdo con el sistema legal previsto (artículos 80 CC y 954 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil) y los criterios jurisprudenciales, los requisitos para la homologación de las resoluciones canónicas son: la adecuación de la sentencia al Derecho del Estado y el cumplimiento de los requisitos formales del artículo 954 de

la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil: que se trate de una resolución auténtica y que no haya sido dictada en rebeldía.

a) Adecuación de la sentencia al Derecho del Estado

Como ya he dicho, el artículo 80 del Código civil establece respecto a las resoluciones canónicas que *«tendrán eficacia en el orden civil si el juez competente las declara ajustadas al Derecho del Estado»*.

En primer lugar, debe rechazarse que, para la homologación, la expresión *«ajustadas al Derecho del Estado»* suponga la necesaria identidad total entre las causas canónicas y civiles de nulidad, pues no cabe imponer, conforme a los Tratados vigentes, que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa y sus actos jurídicos a nuestro ordenamiento, ya que esta exigencia sería incompatible con el cumplimiento del Acuerdo de 1979.

La doctrina jurisprudencial, recogida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005, entiende que la adecuación de la resolución canónica al Derecho del Estado comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constatar si el contenido de la resolución canónica no está en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal (sentencias de 1 de julio de 1994 y 5 de marzo de 2001), esto es, si no contradice el orden público integrado *«por principios no solo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud, y a su vez en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico»* (sentencia 23 de noviembre de 1995); en definitiva, por los principios constitucionales y rectores del matrimonio según el derecho interno del foro.

Además, en el supuesto de homologación de la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, la declaración de ajuste no puede suponer una revisión del fondo, pues el contenido sustantivo de la resolución canónica no se contempla en nuestro Derecho (la nulidad del matrimonio por no consumación del mismo no resulta subsumible en el Código civil) y es otorgado en el ámbito del ordenamiento eclesiástico a través de un procedimiento contradictorio en el ejercicio del derecho de

gracia que corresponde al Romano Pontífice. (Instrucción «*Dispensationis matrimonii*» de 7 de marzo de 1972).

Por lo tanto, no es necesario que exista una absoluta identidad entre la causa de nulidad por la que se concedió la nulidad canónica y alguna de las causas de nulidad contempladas en el Código Civil, ya que aceptando la diversidad de los ordenamientos basta con que exista una identidad genérica (la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2001 dice «*similitud posible y bastante*») y que el contenido de la resolución no colisione con el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español y el orden público interno.

En este punto es oportuno referirme de modo específico a las causas de nulidad por vicio de consentimiento. A este respecto, el Código de Derecho Canónico y el Código Civil no son coincidentes al tratarlas con diferente extensión.

La legislación canónica establece que los vicios del consentimiento son las anomalías consensuales por las que un consentimiento matrimonial naturalmente válido (si el contrayente tiene capacidad natural para prestarlo) puede ser jurídicamente ineficaz atendiendo a determinadas circunstancias o situaciones en las que se presta. Los vicios del consentimiento matrimonial pueden afectar al intelecto o a la voluntad del contrayente y, en ambos casos, pueden darse en relación con su persona o en relación con la institución matrimonial. El vicio de consentimiento que afecta directamente al intelecto excluye el conocimiento de elementos necesarios para que el acto que se va a realizar sea completamente voluntario. Así, entre los vicios de consentimiento que afectan directamente al intelecto en relación con la institución matrimonial se incluyen los supuestos de ignorancia (canon 1096: «*Para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual*») y los de error de derecho contenidos en el canon 1099 («*El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial*»). Los vicios que tienen relación con la persona del contrayente son los supuestos de error sobre la persona o las cualidades del otro contrayente (canon 1097: «*1. El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio. 2. El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a*

*no ser que se pretenda esa cualidad directa y principalmente»)* así como el error doloso (canon 1098: *«Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente»*). Por su parte, entre los vicios de consentimiento que afectan directamente a la voluntad, en relación con la institución matrimonial, se incluyen los supuestos de exclusión contenidos en el canon 1.101.2 -objeto de este capítulo- y, en relación con la persona del contrayente, se encuentran los supuestos de miedo o coacción y de consentimiento condicionado (cánones 1102: *«1. No puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro. 2. El matrimonio contraído bajo condición de pasado o de presente es válido o no, según que se verifique o no aquello que es objeto de la condición»* y 1103: *«Es inválido el matrimonio contraído por violencia o miedo grave proveniente de una causa externa, incluso el no inferido con miras al matrimonio, para librarse del cual alguien se vea obligado a casarse»*).

En relación con el consentimiento, el Código Civil establece la nulidad del matrimonio cuando es celebrado sin consentimiento matrimonial (artículo 73.1); por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento (artículo 73.4); y por coacción o miedo grave (artículo 73.5).

No obstante, este diferente tratamiento no afecta a la nulidad de un matrimonio canónico de conveniencia, pues, como hemos visto, este supone la exclusión del matrimonio mismo (canon 1101.2) y, por tanto, una ausencia de consentimiento matrimonial que tiene perfecto encaje en el artículo 73.1 del Código Civil, en cuanto establece la nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

En este punto quiero referirme a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de julio de 2001, dictada en el caso Pellegrini contra Italia, relativa al *exequatur* de una sentencia de nulidad canónica, en el que no se discute la causa de nulidad (consaguinidad entre los esposos), sino el procedimiento seguido ante los Tribunales eclesiásticos. La demandante entiende que ha existido vulneración del artículo 6.1 del Convenio de Roma como consecuencia de la concesión de efectos civiles a la sentencia de nulidad matrimonial dictada por los Tribunales eclesiásticos. El apartado 1 del artículo 6 dispone: *«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un*

*plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...».*

Por su parte, el artículo 8.2 del Convenio firmado entre Italia y el Vaticano (ratificado por la Ley núm. 121, de 25 de marzo de 1985) establece: *«Una sentencia de los Tribunales eclesiásticos que pronuncia la nulidad de un matrimonio, una vez que es declarada ejecutoria por el órgano eclesiástico superior, puede ser declarada ejecutoria en Italia a solicitud de una de las partes, a través de una sentencia pronunciada por el Tribunal de apelación competente».*

La demandante alega que los Tribunales italianos concedieron el *exequatur* a la nulidad matrimonial declarada por los Tribunales eclesiásticos en un proceso en el que se vulneraron sus derechos de defensa, ya que no fue informada de la identidad del demandante, de los motivos de nulidad alegados, de la posibilidad de acudir al proceso asistida por abogado, y, por último, de la posibilidad de solicitar copias del expediente que obraba en el Tribunal.

El Tribunal Europeo concluye, analizados los hechos, que sí existió violación del artículo 6.1 del Convenio, pues los Tribunales italianos, previamente a conceder el *exequatur* a la sentencia pronunciada por los Tribunales eclesiásticos, incumplieron su deber de asegurarse de que la demandante había tenido un proceso justo en el marco del proceso eclesiástico; deber de cuyo cumplimiento se deberá tener especial cuidado cuando la decisión de la que se solicita el *exequatur* proviene de los Tribunales de un país que no aplica el Convenio, como es el caso del Vaticano.

#### b) En relación con la autenticidad de la resolución canónica

Como ya he dicho, para la homologación civil de las resoluciones canónicas, además de la adecuación de la sentencia al Derecho del Estado, deben cumplirse los requisitos formales del artículo 954 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil: que se trate de una resolución auténtica, y que no haya sido dictada en rebeldía.

Para que la resolución canónica cuya homologación se pretende se considere una resolución auténtica debe darse la necesaria autenticidad conforme al ordenamiento canónico y la que exige la legislación española en relación a la carta ejecutoria, esto es, que el documento sea veraz y no falso o falsificado y que se trate de una decisión firme y ejecutoria (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995).

### c) En relación con la rebeldía

La doctrina<sup>274</sup> y la jurisprudencia<sup>275</sup> distinguen tres tipos de rebeldía:

1. Rebeldía a la fuerza o involuntaria: la del que no comparece en un proceso porque no ha tenido ocasión de hacerlo, por no haber sido emplazado en forma.
2. Rebeldía por conveniencia: la del que, emplazado en legal forma, no comparece porque no le interesa, incluso con el propósito de obstaculizarlo y eludir no sólo los gastos y molestias que causa sino también la eficacia de la sentencia extranjera mediante la simple alegación en el procedimiento de exequátur de que el juicio se siguió en rebeldía.
3. Rebeldía por convicción: la del que citado en forma no comparece porque considera fundadamente que el tribunal no es competente para tramitar el asunto de que se trata.

Estas distintas clases de rebeldía en que puede calificarse la ausencia del demandado en el proceso producen también distintos efectos en el ámbito del procedimiento del exequátur. Así, es doctrina del Tribunal Supremo la negativa al reconocimiento de una resolución dictada en un proceso en que una de las partes es rebelde a la fuerza o involuntario, basándose fundamentalmente en el artículo 24 de la Constitución, que establece el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la rebeldía por conveniencia no debe impedir el exequátur, pues el rebelde se ha colocado voluntariamente en esa posición, no pudiendo alegar indefensión. Por lo que respecta a la rebeldía por convicción, no he encontrado ninguna resolución del Tribunal Supremo -salvo un caso excepcional al que me refiero más adelante- que expresamente declare el efecto que esta rebeldía produce en cuanto a la eficacia de la resolución que

<sup>274</sup> REMIRO BROTONS, Antonio. *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Tecnos, 1974.

<sup>275</sup> Entre otros, autos de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2004 y 14 de febrero de 2006.

se pretenda, pero entiendo que, en caso de apreciarse, esta rebeldía tiene eficacia obstativa, pues el Tribunal es claro cuando, en su auto de 14 de febrero de 2006, afirma que la rebeldía por conveniencia es *«la única modalidad de rebeldía que no supondría óbice para el otorgamiento del reconocimiento y ejecución de la sentencia dictada por los Tribunales [extranjeros]»*.

Llevado lo anterior a la Jurisdicción eclesiástica, si la parte demandada en un proceso matrimonial seguido ante esta Jurisdicción no comparece, a pesar de haber sido citada en forma y tenido la oportunidad de defenderse conforme a las normas canónicas, debe ser calificada como «rebelde por conveniencia» y, por tanto, luego no puede pretender oponerse a la homologación civil de la resolución canónica invocando el artículo 954.2. Quiero precisar que el derecho procesal canónico no utiliza el término rebeldía sino el de ausencia. El canon 1592 dispone que si el demandado no comparece cuando se le cita, ni da una excusa razonable de su ausencia, el juez ha de declararlo ausente del juicio y mandar proseguir la causa hasta que dicte sentencia definitiva y se ejecute. Pese a ello, la igualdad de la significación y efectos de ambos términos es absoluta.

En este punto voy a examinar –como ya he adelantado- la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2002. Es una sentencia que resuelve sobre una petición de declaración de efectos civiles de una sentencia canónica de nulidad matrimonial. En ella, -y constituye una novedad- se reconoce eficacia obstativa a la rebeldía de la parte demandada prescindiendo de los motivos determinantes de la incomparecencia, pues atribuye los mismos efectos a la rebeldía por convicción que a la rebeldía por conveniencia, entendiendo que en ambos casos no debe ser reconocida la eficacia civil de la resolución canónica. Esto es, equipara la rebeldía voluntaria (por conveniencia o por convicción) a la involuntaria (por no estar citado en legal forma), negando efectos a la resolución canónica y lo hace con base en el principio de aconfesionalidad del Estado Español y en el derecho a la libertad religiosa.

Dice la sentencia que *«en el presente caso la parte ahora recurrida en el proceso canónico, estuvo ausente-rebelde, como se desprende del párrafo 9 de la sentencia del Tribunal Eclesiástico, de fecha 18 de diciembre de 1.989, cuando en él se dice, “la esposa no compareció en ningún momento del proceso”, frase tajante que no puede ser desvirtuada por la ritual o de estilo plasmada en el encabezamiento de la misma, que afirma, “sometida ella a la jurisdicción del Tribunal” -se refiere a la esposa- y si esa declaración se proclamó contra su voluntad (por no haber sido citada o emplazada en forma) o por afán propio (por principios*



*ideológicos o por conveniencia), significaría, siempre y en todos los casos, que la resolución canónica que recaiga en el mismo no la puede afectar a efectos civiles, puesto que la misma fue dictada en rebeldía (artículo 954.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).*

*Ya que en el primer caso -no voluntariedad- le debe amparar el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española; y en el segundo -voluntariedad- le ampara el principio, que ya se dijo que iba a ser la tesis rectora en el estudio de este motivo, de la libertad religiosa establecida en el artículo 16 de dicho Texto, y sobre todo el de la aconfesionalidad del Estado.*

*Ya que podrá estar de acuerdo una persona en someterse a una contienda judicial matrimonial dentro del cauce procesal canónico, y así atenerse a todas las consecuencias que se deriven de la resolución que se dicte. Pero lo que no se puede es obligar a nadie a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que la misma es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés».*

En esta sentencia, la Sala Primera del Tribunal Supremo, con base en la libertad religiosa y en el principio de no confesionalidad del Estado, entiende inconcebible que, con intervención del Estado, puedan imponerse decisiones de autoridades religiosas a los ciudadanos que no las aceptan voluntariamente. Siguiendo esta tesis y reconociendo eficacia obstativa a la rebeldía -cualquiera que sea su causa- para la homologación de resoluciones canónicas, nos encontramos con que, seguido un proceso canónico ante un Tribunal con sede en España que ha citado adecuadamente al demandado y este ha rehusado comparecer situándose en rebeldía (en este caso se ha respetado el derecho de defensa y audiencia de la parte), el actor, una vez terminado el proceso, ve frustrado su derecho de reconocimiento si el demandado rebelde comparece en el juicio de reconocimiento de eficacia y se opone manifestando que la sentencia no tiene valor alguno en España porque es fruto de un proceso que se siguió estando él ausente o rebelde. Se produce pues un conflicto entre el derecho a la libertad religiosa de una parte -la que se opone a la homologación- y el derecho a la libertad religiosa y a la tutela judicial efectiva de la otra parte -la que pretende ejercer el derecho al reconocimiento- que se resuelve, según dicha tesis, con la protección de la libertad religiosa de la parte demandada que no puede ser obligada a someterse a la jurisdicción canónica.

Es claro que con esta sentencia el Tribunal se ha desviado de su propia doctrina constante respecto a la interpretación de la fuerza obstativa de la rebeldía, pero, como no ha tenido acogida en otras resoluciones posteriores, podemos concluir que la rebeldía a que alude el artículo 954.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la llamada rebeldía involuntaria o rebeldía a la fuerza, es decir, la que se produce cuando el demandado no ha sido citado personalmente o por algún medio que le permitiera tener constancia de la existencia del proceso, pues, en estos casos sí hay una clara indefensión del demandado y una violación de su derecho a la tutela judicial efectiva. Pero la rebeldía voluntaria no es considerada suficiente para impedir la eficacia civil de estas sentencias, en cuanto el sujeto se ha puesto voluntariamente en esa situación de rebeldía.

Además, siguiendo a MOLINER NAVARRO<sup>276</sup>, entiendo que la competencia de los Tribunales eclesiásticos no está ni puede estar supeditada a las creencias de ambos cónyuges, sino que depende de la existencia de un vínculo canónico. Resulta incoherente que la parte que habiendo accedido voluntariamente a contraer matrimonio canónico -reconociendo así la jurisdicción canónica para su matrimonio (el canon 1671 establece que las causas matrimoniales de los bautizados corresponden al juez eclesiástico por derecho propio)- alegue posteriormente su derecho de libertad religiosa para oponerse a la homologación de la resolución canónica, entendiendo que esta jurisdicción no es competente en el momento extintivo. Y si bien el principio de libertad religiosa podría quizá amparar la rebeldía por convicción, en cuanto que en la misma entra en juego la libertad de conciencia de la parte, se ve con menos claridad que dicha justificación alcance también a la rebeldía por interés, en cuanto que no afecta directamente a la libertad religiosa o de conciencia. Así lo entendió la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995: *«los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecta también al momento de extinción del matrimonio»*.

## 5.2 Aspectos procesales de la homologación civil de resoluciones canónicas

<sup>276</sup> MOLINER NAVARRO, Rosa M. *La rebeldía y el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2002). Estudio doctrinal*. Disponible en Web: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/...1293344078736i...pdf...> [Consulta: 7 de marzo de 2011].

El procedimiento para la homologación civil de las resoluciones canónicas está regulado en el artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Capítulo IV dedicado a los «Procesos matrimoniales y de menores», del Título Primero, del Libro IV.

a) Juez competente

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 769 de la LEC para todos los procesos matrimoniales, es juez civil competente en cuanto a la competencia objetiva, el del Juzgado de Primera Instancia, o el de Familia en aquellas poblaciones en que exista. En cuanto a la competencia territorial, será competente en primer lugar el Juzgado del lugar del domicilio conyugal. Si los cónyuges tienen fijada su residencia en distintos partidos judiciales, se establecen dos fueron alternativos, a elección del demandante o de los cónyuges de mutuo acuerdo: el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Y, finalmente, los cónyuges que no tuvieran domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante. Si tampoco pudiera determinarse así la competencia, corresponderá al Juzgado del domicilio del actor.

b) Las partes

Recordemos que el artículo 6.2 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos dispone «[...] *A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente*».

Esto es, para ejercitar la acción solicitando la eficacia civil de la resolución canónica están legitimados, únicamente, los contrayentes. Ni el Ministerio Fiscal ni ninguna otra persona, aunque tenga un interés legítimo, puede ejercer esta acción que se configura como personal, en cuanto se fundamenta en la libertad de conciencia de aquellos; libertad de conciencia «*que autoriza a los contrayentes para optar por la forma de matrimonio que les interese o se acomode a sus creencias, y acudir, en caso de ruptura, a los tribunales civiles, como a los eclesiásticos, en cada supuesto, con posterior eficacia civil de la sentencia o resolución canónica*». Lo contrario «*llevaría consigo apartarse del cooperativismo y mutua asistencia que establece el Acuerdo de 1979, en cuanto le corresponde rango de Tratado Internacional [...] que obliga por haberse publicado oficialmente en los términos del artículo 96 de nuestra Constitución, en*

tanto no sea denunciado» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995).

Las partes -al igual que en todos los demás procesos matrimoniales, salvo petición inicial de medidas provisionales previas a la demanda- deberán comparecer representadas por procurador y defendidas por abogado, si bien podrán valerse de una misma defensa y representación si hay acuerdo entre ellos.

En este procedimiento es también preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal.

### c) El procedimiento

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, el procedimiento para la eficacia civil de las resoluciones canónicas estaba regulado en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 30/1981, para el caso de que no hubiera oposición de parte; en caso contrario, esto es, si había oposición, las partes deberían formular su pretensión en el procedimiento declarativo correspondiente (el de menor cuantía, según sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1991).

Con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se elimina cualquier tipo de consideración respecto a la oposición del demandado a la solicitud de eficacia civil ya que tener que recurrir a un procedimiento declarativo ordinario por la simple oposición de parte es contrario a lo dispuesto en el artículo 6.2 del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos. En la nueva regulación, se establecen dos procedimientos, pero atendiendo a otra circunstancia: si se solicita o no la adopción o la modificación de medidas.

Así, el artículo 778 dispone:

1. *«En las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el Tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica».*

No se contempla, pues, la posibilidad de que ambos cónyuges soliciten de común acuerdo el reconocimiento de eficacia civil de la

resolución canónica. Pero teniendo en cuenta que el fundamento de la solicitud de la concesión de eficacia civil de resoluciones canónicas estriba en la protección de la libertad de conciencia de los cónyuges, resultaría contradictorio que se prohibiera a los interesados dirigirse conjuntamente al juez civil para obtener el reconocimiento de la resolución canónica por parte del Estado.

Tampoco se contempla la posibilidad de que el otro cónyuge, en el momento de evacuar el traslado conferido, solicite la adopción o modificación de medidas. En este supuesto habría que estar a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 778, pues con base en lo dispuesto en el apartado 1, sólo cabe el pronunciamiento sobre la homologación o no de la resolución canónica, obligándose al demandado a acudir al procedimiento correspondiente para solicitar la adopción o modificación de medidas. Parece que la intención del legislador ha sido configurar un procedimiento simple para el supuesto de que no hubiera discusión sobre medidas, debiendo seguirse en otro caso los trámites del procedimiento establecido en el artículo 770 (procedimiento contencioso de separación o divorcio).

El juez puede hacer la declaración de reconocimiento de la resolución canónica, pese a la oposición que, en su caso, pudiese formular el cónyuge no solicitante, ya que resolverá lo que estime procedente, atendiendo a las pretensiones del demandante y a las de la oposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Civil.

2. En su apartado segundo, el artículo 778 establece: *«Cuando en la demanda se hubiera solicitado la adopción o modificación de medidas se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770».*

Es una auténtica novedad procesal en esta materia la posibilidad de sustanciar conjuntamente la petición de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones canónicas y la solicitud de medidas complementarias a dicha homologación. Esto es, se podrá solicitar y discutir en un solo proceso medidas cuya adopción pueda ser complementaria a la pretendida eficacia civil de la resolución canónica, como, entre otras, la determinación de la buena o mala fe de los cónyuges; la solicitud de indemnización establecida en el artículo 98 del Código Civil por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo y ha existido convivencia conyugal; la pervivencia o supresión de la pensión compensatoria tras la homologación de la nulidad canónica; y el reconocimiento al cónyuge de buena fe de la

posibilidad de, en la liquidación del régimen económico matrimonial, aplicar las reglas del régimen de participación de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del Código civil<sup>277</sup>.

Aunque el artículo 778.2 establece que para la obtención de la homologación y la adopción o modificación de medidas deben seguirse los trámites del contencioso previsto en el artículo 770, entiendo que esta remisión ha de entenderse a lo prevenido en el artículo 775, que regula, de forma más específica, el procedimiento de modificación de las medidas definitivas.

La sentencia que ponga fin a este procedimiento resuelve en primer lugar sobre la procedencia o no de la homologación de la resolución canónica y, en caso afirmativo, sobre las medidas complementarias solicitadas por las partes.

La resolución dictada se comunicará de oficio al Registro Civil en que esté inscrito el matrimonio, para la práctica de los asientos que corresponda.

Esta sentencia es susceptible de ser recurrida en apelación, por aplicación del artículo 455.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *«Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros»*.

Cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia, si se cumplen los requisitos formales y se da alguno de los supuestos del artículo 477, esto es, si se consideran infringidas las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en los siguientes casos:

1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

---

<sup>277</sup> El artículo 95 del Código civil dice así: *«La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial. Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte»*.

3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

Se considera que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

En relación con los efectos de estos recursos, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que *«Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Secretario Judicial la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio»*. Así, en los casos en que se recurra la sentencia únicamente en cuanto a las medidas, y no en cuanto a la homologación de la resolución canónica, dicha sentencia del juez civil puede surtir efectos respecto al estado civil de las partes, sin tener que esperar a la decisión de la Audiencia o, en su caso, del Tribunal Supremo sobre la impugnación de medidas complementarias.

### 5.3 Contenido de la resolución que otorga eficacia civil a la sentencia canónica

El juez civil se pronuncia sobre la homologación de la resolución canónica acordándola, si se ajusta al Derecho del Estado, o, en caso contrario, denegándola, sin hacer ninguna declaración complementaria sobre otros eventuales contenidos de la resolución canónica, como por ejemplo el veto a un nuevo matrimonio canónico (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994).

Además de la homologación, el cónyuge puede solicitar otras declaraciones, como la de mala fe del otro (cuando este inicia el procedimiento de declaración de eficacia civil de la sentencia canónica con la única finalidad de eludir sus responsabilidades fijadas en resoluciones civiles) o que, en caso de que no procediese el mantenimiento de la pensión compensatoria fijada en una anterior sentencia de divorcio, se fije la indemnización establecida en el artículo 98 del Código (*«El cónyuge de*

*buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97»*). El juez civil es competente para pronunciarse sobre ellas, pues la jurisdicción del orden civil es competente para conocer de las causas de nulidad del matrimonio, cualquiera que haya sido su forma de celebración y por ello, junto a la homologación de la sentencia canónica de nulidad, puede pronunciarse sobre los efectos civiles de la nulidad declarada, los cuales se rigen por el Derecho Civil y no por el Derecho Canónico, así como sobre la relación de las consecuencias de la nulidad con las ya definitivamente establecidas de una anterior sentencia de divorcio (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003).

#### 5.4 Efectos de la homologación

Una persona que quiera poner fin a su matrimonio, por su condición de miembro de la Iglesia Católica tiene derecho a pedir la nulidad de su matrimonio ante los Tribunales eclesiásticos, y por su condición de ciudadano español puede demandar el divorcio ante los Tribunales de la Jurisdicción civil del Estado. Obtenida la sentencia canónica de nulidad y la resolución civil otorgándole eficacia, la ejecución de aquella puede entrar en conflicto con otras resoluciones judiciales de ruptura del vínculo matrimonial dictadas en el orden civil.

Cuando se declara la nulidad matrimonial, el único pronunciamiento económico respecto al otro cónyuge será la indemnización prevista en el artículo 98 del Código civil, que dice: *«El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97»*. (El artículo 97 regula el derecho a una compensación económica -concepto distinto a la indemnización- a favor del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Si los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre su importe, el juez lo determinará valorando una serie de circunstancias que se recogen en él).

Si previamente a la declaración canónica de nulidad del matrimonio existe una pensión compensatoria establecida por un juez civil (la pensión compensatoria procede únicamente en los supuestos de separación y divorcio, no en los de nulidad civil en los que, en su caso, sólo procede una indemnización), se está en presencia de dos sentencias: la previa de separación o divorcio en la que se fija la pensión compensatoria y la de



homologación civil de nulidad canónica que implica -por declarar inexistente el vínculo matrimonial- la improcedencia de dicha pensión compensatoria.

La sentencia de la Sala 1ª Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2001 recoge la compatibilidad que admite nuestro Código civil en los supuestos de nulidad, separación y divorcio: las medidas de separación y de divorcio, aún sentenciadas, no pueden impedir el derecho de la parte a quien afecten a buscar la verdadera situación matrimonial en orden al vínculo contraído sin alterar, como impone el artículo 79 del mismo Código, los efectos que se hayan producido respecto a los hijos y a los contrayentes de buena fe.

En sentencia de 5 de marzo de 2001, la misma Sala del Tribunal Supremo declara que *«no hay que olvidar que en esta materia nos movemos en dos ámbitos jurisdiccionales distintos: el eclesiástico y el civil, que discurren en paralelo, sin posibles interferencias que conduzcan a la pérdida de eficacia de la sentencia civil obtenida en otro proceso matrimonial articulado ante la jurisdicción civil una vez declarada ajustada al Derecho del Estado, la sentencia canónica»*. Y las consideraciones sobre los posibles efectos de la homologación no pueden influir en la decisión del tribunal sobre si se concede o no la misma. Esto es, homologada en su caso la sentencia, corresponderá al juez de instancia la determinación de los efectos o las consecuencias del reconocimiento, en un momento posterior a éste. Y en el caso de que los efectos de la homologación entren en conflicto con los efectos de la sentencia firme de separación o divorcio, el Tribunal Supremo se inclina por mantener los efectos civiles ya consolidados.

Y en la sentencia de 23 de marzo de 2005, al reconocer la posibilidad de otorgar reconocimiento a las sentencias de nulidad matrimonial o a las dispensas pontificias de matrimonios que ya han sido disueltos por precedentes sentencias civiles de divorcio, considera que el divorcio y la declaración de nulidad no son resoluciones inconciliables, porque sus consecuencias jurídicas no se excluyen recíprocamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de su nulidad.

#### **D. DERECHO DE ASILO Y MATRIMONIO NO DESEADO**

Antes de terminar este capítulo relativo a la inmigración y a los matrimonios de conveniencia, quiero referirme brevemente a los

matrimonios no deseados. Algunas mujeres, para no verse sometidas a ellos, huyen de su país de origen. Esta situación es causa de asilo.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones, por todas ellas, en su sentencia de 31 de mayo de 2011, que «*una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo*» (sentencias de 7 de julio de 2005 y 8 de julio de 2008); que «*la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales*» (sentencias de 31 de mayo, 9 de septiembre y 10 de noviembre de 2005); y que «*una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales*» (sentencias de 28 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2007 y 31 de enero de 2008).

De aquí que se reconozca el derecho de asilo a mujeres cuando se aprecian indicios suficientes de que sufren una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado. En la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009, la solicitante de asilo es una mujer nigeriana que alega persecución por razón de sexo y que expuso como causa de la salida de su país la huida «*frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la bárbara práctica de la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado*» (FJ 5º.). En este caso, en la instancia, se había desestimado la petición de reconocimiento de la condición de refugiada, y estimado la petición de permanencia en España por razones humanitarias conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, valorando que efectivamente se le había practicado la ablación y que cabía apreciar un justificable temor a volver a «*su entorno social*». No conforme con esta estimación parcial, la recurrente en casación pidió que se le concediera la condición de refugiada y el derecho de asilo. Su recurso fue estimado por el Tribunal Supremo que, tras un detenido análisis de la situación social y política de Nigeria con base en los informes obrantes en los autos, especialmente los aportados por el ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados), concluye que el relato de la actora resulta creíble en sí mismo y puesto en relación con la situación socio-política de su país. Después, la Sala entra a valorar si, además de creíble, el relato de la recurrente puede entenderse acreditado por los datos obrantes en las actuaciones, razonando lo siguiente: «*si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzosos, y que las*

*mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los "indicios suficientes", según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.» (FJ 7º.), acordando, en consecuencia, reconocer a la solicitante el derecho de asilo que le fue indebidamente denegado.*

No obstante, el marcado carácter casuístico de esta materia permite encontrar también el supuesto contrario, esto es, que la Sala Tercera del Tribunal Supremo estima justificada la denegación de asilo de una mujer que decía proceder de Nigeria y que expuso como motivo de asilo la huida de aquel país ante la presión familiar para casarla a la fuerza, siendo paso previo para ello el tener que practicarle la ablación de clítoris. Este es el caso de la sentencia de 4 de julio de 2008, en la que, tras razonar que «*la recurrente basa su pretensión en su nacionalidad nigeriana y en las presiones a que, dice, le sometía su familia para realizarle una mutilación genital, pero al razonar de esa manera hace supuesto de lo que es cuestión, pues nada útil dice para rebatir las apreciaciones coincidentes de la Administración y la Sala de instancia acerca de la inverosimilitud que se imputa a ese relato justamente por las dudas sobre su verdadera identidad, derivadas del hecho de que no ha aportado ninguna documentación acreditativa de la misma ni ha dado ninguna explicación convincente para justificar por qué no dispone de ella. Este dato, por sí solo, priva de solidez a su exposición, pues no sabiéndose con certeza su verdadera identidad y por ende su auténtica nacionalidad, ese relato queda en gran parte desprovisto de vigor. Por añadidura, tampoco ha hecho la recurrente en casación ningún esfuerzo por clarificar las incoherencias y contradicciones que fluyen de su relato, asimismo resaltadas de forma coincidente por la Administración y por el Tribunal a quo.*

*En definitiva, la actora se limita a decir que procede de Nigeria y que la quisieron someter a una práctica, la de la ablación del clítoris,*

*frente a la que las mujeres de Nigeria están desprotegidas, pero no estando acreditada esa nacionalidad, y siendo su relato impreciso y contradictorio, además de carente de la menor prueba (ni siquiera indiciaria) que lo respalde, es claro que el recurso no puede prosperar, pues aun cuando el "temor a ser perseguido" es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Siendo, pues, el temor una realidad puramente subjetiva, y, por lo tanto, de difícil demostración, el problema se traslada al ámbito objetivo de los hechos en que aquél tiene su origen, y esos hechos son los que no han quedado mínimamente acreditados en este caso». (FJ 3º).*

## **CAPÍTULO V**

### **LOS DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS**

#### **i. INTRODUCCI ON**

El Título I de la Constitución contiene una relación de los derechos y los deberes fundamentales que preside nuestro ordenamiento jurídico. Con base en su artículo 10.1, que determina que *«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social»*, corresponden a los extranjeros -también a los menores extranjeros- todos los derechos que la Constitución reconoce como propios de la persona, inherentes a la dignidad humana e indispensables para el libre desarrollo de la personalidad: los derechos a la vida; a la integridad física y moral; a la libertad personal y a la seguridad; al honor y a la intimidad; a la libertad de expresión; a la libertad ideológica, religiosa y de culto; y a la tutela judicial efectiva.

El reconocimiento de estos derechos a los menores extranjeros y la protección que se les brinda no es el tema de esta tesis. Sin embargo, de entre todos ellos, en este capítulo analizo algunos que por su contenido sí están relacionados, partiendo de un criterio básico y es que se debe decidir siempre en función del mejor interés del menor que, generalmente, se identifica con el respeto a la vida familiar o a vivir en una familia, aunque no sea la biológica.

En primer lugar, y debido a que el aumento del número de inmigrantes que viven en España en estos momentos ha tenido como consecuencia el aumento del número de matrimonios de españoles con extranjeros o entre personas de nacionalidades diferentes, examino si al hijo de progenitor extranjero nacido en España le corresponde o no la nacionalidad española.

A continuación, y relacionado con el derecho a la nacionalidad, examino el derecho de los menores extranjeros a la residencia legal en nuestro país.

Después, dedico otra parte del capítulo al estudio de dos derechos fundamentales de los menores relacionados en cierta medida con el derecho a la vida en familia: el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto

y el derecho a la integridad física, que -como más adelante se verá- es vulnerado por determinadas costumbres extranjeras.

Finalmente, hago referencia a una situación preocupante -y por desgracia cada vez más frecuente- como es la existencia de menores extranjeros no acompañados como sujetos migratorios.

## **B. LA NACIONALIDAD DE LOS HIJOS DE EXTRANJEROS NACIDOS EN ESPAÑA**

No hay duda de que el fenómeno migratorio que ha experimentado España ha influido en el aumento de nuestra natalidad. Sin embargo, no se puede afirmar que todos esos niños sean extranjeros porque su progenitor o progenitora tengan una nacionalidad distinta a la española. Solo son extranjeros -como dispone el artículo 1 de la Ley de extranjería- «*las personas que carezcan de la nacionalidad española*».

Nuestro ordenamiento jurídico, como analizo más adelante, no atribuye con carácter general la nacionalidad española a los nacidos en territorio español<sup>278</sup>. Sí otorga dicha nacionalidad cuando el nacido no tiene ninguna, pues un niño no puede carecer de nacionalidad. Así lo dispone el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989<sup>279</sup>: «*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a **adquirir una nacionalidad** y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*». Este artículo establece además la obligación de los Estados de velar por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Por su parte, el artículo 8 de la Convención establece el compromiso de los Estados a respetar el derecho del niño a **preservar su identidad, incluidos la nacionalidad**, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, de forma que si un niño se ve privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, los Estados deberán prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecerla.

---

<sup>278</sup> Vid., sobre el criterio del *Ius Soli*, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María de los Ángeles. “El estatus jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería”. *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*. 2004, núm. 22, pp. 223-237.

<sup>279</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990. B.O.E. 31 de diciembre de 1990, núm. 313/1990 [pág. 38897].

Partiendo, pues, del derecho a adquirir una nacionalidad, hay que tener presente, en primer lugar, el artículo 11 de la Constitución Española que establece:

*«1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la Ley.*

*2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.*

*3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen».*

Y la ley que regula la adquisición, la conservación y la pérdida de la nacionalidad española es el Código Civil. Su artículo 17 dispone quiénes son españoles de origen:

*«a) Los nacidos de padre o madre españoles.*

*b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.*

*c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.*

*d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.»*

Fuera de estos casos -adquisición de la nacionalidad de origen-, los menores extranjeros que vivan en España pueden adquirir la nacionalidad española optando a ella, en las siguientes circunstancias:

a) que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español.

b) que aunque no haya nacido en España, su padre o su madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.

La nacionalidad española se adquiere, además, por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales<sup>280</sup>, y por residencia.

En cuanto a la adquisición de la nacionalidad española por residencia (artículo 22 del Código Civil), se requiere que esta haya durado diez años. Sin embargo, serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes. Y bastará el tiempo de residencia de un año para:

- El que haya nacido en territorio español.
- El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.
- El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud [...].
- El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles<sup>281</sup>.

En definitiva y por lo que a esta tesis interesa, sólo los nacidos de padre español o madre española –cualquiera que sea el lugar de nacimiento- y los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España o si ambos carecen de nacionalidad o sus legislaciones no atribuyen al hijo una nacionalidad, tendrán nacionalidad española.

Determinada la paternidad o maternidad, y siendo al menos uno de los progenitores español, nuestro ordenamiento reconoce al hijo menor de dieciocho años la nacionalidad española. En cambio, si la determinación de la filiación con respecto a un progenitor español se produce con posterioridad a dicha edad, el hijo no será español. En este caso, el hijo tiene derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de

---

<sup>280</sup> Un ejemplo de ello es el acuerdo aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de marzo de 2004, tras el atentado ocurrido en Madrid el anterior día 11 (conocido como el atentado a la T-4 –Terminal 4 del Aeropuerto de Barajas-), aprobando la concesión de nacionalidad española a las víctimas y familiares directos (heridos, cónyuge, ascendientes y descendientes en primer grado de consaguinidad de los fallecidos). R.D. 453/2004, de 18 de marzo.

<sup>281</sup> PEÑASCO VELASCO, Rosa. “La nacionalidad de los hijos y nietos de emigrantes, según la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 2003, núm. 581, pp. 5 y ss.



dos años a contar desde aquella determinación (párrafo 2 del artículo 17 del Código Civil).

Antes de analizar estos casos en profundidad, considero necesario hacer dos consideraciones previas.

En primer lugar, el término «España» se debe interpretar con referencia al tiempo en el que han sucedido los hechos que permiten o han permitido la atribución, la pérdida, la recuperación e incluso la conservación de la nacionalidad española. Así, y con base en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1999, los nacidos en los antiguos territorios del Sahara español, Ifni y Guinea Ecuatorial, durante el periodo de dominación española, se considera que han nacido en territorio español, en cuanto eran territorios sometidos a la autoridad del Estado español y a sus leyes.

A la misma conclusión de que el término «España» se debe interpretar con *«la perspectiva histórica e intergeneracional que su finalidad le impone, por referencia al tiempo del nacimiento de la persona a que el precepto se refiere»*, llega la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de julio de 2004, en relación a los nacidos en el Protectorado español de Marruecos (1912-1956).

En relación a los nacidos en el Sahara Occidental español, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 establece que *«En cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la "nacionalidad" de los saharahuis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de "españoles indígenas", habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que "los naturales del territorio colonial carecen de un nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia"»*.

La segunda consideración previa hace referencia a la necesidad de acreditar que el progenitor o la progenitora sean españoles en el momento del nacimiento del hijo o, como ha interpretado la Dirección General de los Registros y el Notario, en la fecha de la concepción. Así, en el caso resuelto por el Centro Directivo en la Resolución de 26 de diciembre de 2002, se considera español al niño nacido en Argentina en agosto de 1942, cuyo progenitor era originariamente español aunque adquirió la nacionalidad argentina en marzo de 1942, ya que, en el momento de la concepción

-diciembre de 1941-, el progenitor aún era español<sup>282</sup>. Y ello con base en el artículo 29 del Código Civil, según el cual *«El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente»*. Para el Centro Directivo *«no hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del artículo 29 del Código Civil las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española iure sanguinis del artículo 17 en la redacción entonces vigente. En efecto, aunque el texto hable de “nacidos”, hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene porqué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción que preconiza el citado artículo 29 CC. Además, que la cuestión “le sea favorable” es evidente, ya que si el interesado invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia»*.

Sentando lo anterior, y en relación con los grupos de extranjeros que presentan mayor interés al objeto de esta tesis, hay que precisar:

a) En cuanto a la segunda generación de extranjeros nacidos en España, esto es, los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España:

- El hijo de padres extranjeros nacido en España después del 19 de agosto de 1982 (fecha de entrada en vigor de la Ley 51/1982, de 13 de julio, conforme a la cual está redactado el vigente artículo 17.1.b del Código Civil) es español siempre y cuando uno de sus progenitores hubiese nacido en España.
- Si el nacimiento hubiese acaecido con anterioridad a esa fecha y después del 5 de agosto de 1954 (fecha de entrada en vigor de la Ley de 15 de julio de 1954) será considerado español si acredita que los progenitores -ambos- habían nacido en España y en ella estuvieran domiciliados al tiempo del nacimiento.
- Si en esos hijos de extranjeros no concurren tales requisitos no serán españoles en virtud del *ius solis*, pero, actualmente, pueden solicitar la nacionalidad española con un periodo de residencia legal en

---

<sup>282</sup> Esta postura ya había sido utilizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones, entre otras, de 31 de marzo de 1992, 12 de julio de 1993 y de 7 de septiembre de 2001.

España de un año, de conformidad con el artículo 22.2.a) del Código Civil.

b) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad y si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad, también son españoles. Este precepto tiene como finalidad eliminar casos de apátridas.

La aplicación de este precepto por parte de los encargados de los Registros Civiles en la resolución de expedientes gubernativos incoados con la finalidad de declarar la nacionalidad española «*iure soli*» exige precisar previamente -como dispone la Circular de 16 de diciembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>283</sup>- el alcance de las leyes extranjeras correspondientes a la nacionalidad de los progenitores conocidos respecto de la atribución de la nacionalidad de tales países a los hijos de sus nacionales nacidos en el extranjero.

Esta actuación obliga al conocimiento de las legislaciones extranjeras en materia de nacionalidad y a una permanente labor de actualización con respecto a los cambios producidos en ellas, en beneficio del principio de seguridad jurídica. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 1998 establecía que son ecuatorianos por nacimiento los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que esté al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausente del país por cualquier causa, si no manifiesta su voluntad contraria. Fuera de estas situaciones de excepción, se daba una situación de apátrida originaria que imponía la atribución de la nacionalidad española *ius soli*. Este criterio tradicional se ha visto afectado por la nueva regulación contenida en la vigente Constitución Ecuatoriana de 2008, que amplía la atribución de la nacionalidad ecuatoriana a las personas nacidas fuera de Ecuador, ya que serán ecuatorianos y ecuatorianas por nacimiento «*las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en Ecuador, y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad*». En consecuencia, ahora solo serán españoles *iure soli* los hijos de ecuatorianos nacidos en España cuando ni el padre ni la madre hubieren nacido en Ecuador, ya que concurriendo esta última condición tales hijos son ecuatorianos y no apátridas.

En estos casos, debe tramitarse un expediente de declaración de la nacionalidad con valor de simple presunción en el que debe presentarse como prueba la certificación literal de nacimiento del interesado en la que

---

<sup>283</sup> Circular de 16 de diciembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre aplicación del artículo 17.1 c) del Código Civil respecto de los hijos de extranjeros nacidos en España.

conste que su nacimiento ha acaecido en España y se debe acreditar que los progenitores son apátridas<sup>284</sup> o que los ordenamientos de los que son nacionales los progenitores no otorgan dicha nacionalidad a sus hijos.

### **C. LA RESIDENCIA DEL HIJO DE RESIDENTE LEGAL**

Determinada así la nacionalidad de los menores extranjeros, examino ahora su residencia partiendo de la afirmación de que son residentes los extranjeros que se encuentran en España y sean titulares de una autorización para residir. Para sus hijos, según el lugar de su nacimiento y la nacionalidad o condición de refugiado de los padres, la residencia se determinará de la siguiente manera:

a) Los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España adquieren automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. A estos efectos, el padre o la madre deben solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde su nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal, acompañando original y copia del certificado de nacimiento (artículo 185 del Reglamento de extranjería).

b) Si el hijo nacido en España es de padre o madre reconocidos como refugiados, éstos pueden optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor.

c) En el caso del hijo nacido en España de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en condición de descendiente de otro residente, aquél adquirirá una autorización de residencia por reagrupación familiar dependiente de su progenitor.

d) Los menores no nacidos en España, hijos de extranjeros residentes legales en España, así como los que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles (como, por ejemplo, los menores inmigrantes no acompañados) o de un extranjero residente legal en España pueden obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en el Reglamento de extranjería para ejercer el derecho a la

---

<sup>284</sup> Normalmente estas personas están documentadas como tales, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

reagrupación familiar. Si los menores se encuentran en edad de escolarización obligatoria, se debe acreditar su escolarización durante su permanencia en España. La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado (artículo 186 del Reglamento de extranjería).

En todos los casos anteriores, las renovaciones de las autorizaciones de residencia se harán siguiendo los trámites y el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados.

La residencia legal posibilita la adquisición de la nacionalidad española, como hemos visto en el epígrafe anterior, de forma que basta el tiempo de residencia de un año para los nacidos en territorio español; para el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud; y para el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela siempre que todos ellos originariamente hubieren sido españoles.

#### **D. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA**

Como ya se ha dicho en la introducción, el menor que se encuentra en España es titular de una serie de derechos, entre ellos, el derecho a la libertad religiosa, que, como afirma RIVERO HERNÁNDEZ<sup>285</sup>: *«Se trata de materia compleja y difícil por las muchas componentes metajurídicas incorporadas al fenómeno religioso, y más aún si referido a menores»*.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce a toda persona la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el artículo 16 de nuestra Constitución establece que:

*«1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*

*2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

---

<sup>285</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 162.

*3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».*

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho en varias sentencias<sup>286</sup>, entre ellas la núm. 177/1996 de 11 de noviembre, cuyo fundamento jurídico noveno dice así: *«El derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros».*

Así, se puede definir el derecho a la libertad religiosa como el derecho de toda persona a elegir y profesar una religión tanto en el ámbito interno -privadamente- como externo -públicamente- cuyo ejercicio puede realizarse tanto de forma individual como colectiva, a través de un grupo religioso.

Este derecho constitucional se desarrolla por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, cuyo artículo 2 regula su ámbito de aplicación y contenido. Este artículo dice así:

*«1. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*

*a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.*

*b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.*

*c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir*

---

<sup>286</sup> Sentencias números 19/1985 (F.J. 2º), 120/1990 (F.J. 10º) y 137/1990 (F.J. 8º).

*para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

*d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.*

*2. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.*

*3. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.»*

De lo anterior cabe concluir que el derecho a la libertad religiosa es un derecho predicable a toda persona y, por tanto, -y en relación con lo que a este trabajo interesa- incluye a los extranjeros y a los menores de edad, aunque no los mencione expresamente. Si hay una referencia expresa en lo concerniente a la educación religiosa y moral que pueden recibir los menores: las personas podrán *«elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*.

Para interpretar correctamente esta norma -así como todas las que afecten a los menores- hay que tener presente la posterior Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 14 dice:

*«1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

*2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

*3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.»*

Por su parte, la Ley del Menor establece en su artículo 6, dentro de un catálogo de «derechos del menor», que:

*«1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.*

*2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

*3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.».*

De los anteriores artículos transcritos hay que destacar que la Convención hace referencia al derecho y deber de los padres de «*guiar al niño*» en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa de modo conforme a la evolución de sus facultades, y la Ley del Menor determina la función de los padres o tutores respecto de este derecho afirmando que estos tienen el derecho y el deber «*de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral*».

Como dice LÓPEZ ALARCÓN<sup>287</sup>, los términos «guiar», que emplea la Convención, y «cooperar», que utiliza la Ley del Menor, se complementan. El guía camina por delante y acompaña para mostrar el camino, no impone nada, no escoge por el otro, pero su competencia y su ejemplaridad reafirman la confianza de este, que se deja guiar mediante asistencia, consejo, enseñanza y, en circunstancias extremas, mandatos necesarios para que quede a salvo el interés del sujeto encomendado al guía, cuya labor se concreta por la Ley del menor en la cooperación que presta al menor para el ejercicio personal y directo por este de sus derechos de libertad religiosa e ideológica.

---

<sup>287</sup> LOPEZ ALARCÓN, Mariano. «Nuevo Derecho de Menores y ejercicio de opciones religiosas». *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. 1997, núm. 15, pp. 323-343.



De aquí que los padres o los tutores deban ejercer solamente facultades de dirección y orientación siempre en interés del menor y con respeto a su plena libertad, y en consonancia con la evolución de sus facultades, es decir, a mayor madurez menor intervención de aquellos.

Además, por lo que se refiere a los menores extranjeros que viven en España, acompañados o no de sus familiares, hay que tener presente la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, que establece en su artículo 12:

*«1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.*

*2. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos a coacción alguna que limite su libertad de profesar o adoptar una religión o creencia de su elección.*

*3. La libertad de expresar la propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades fundamentales de los demás.*

*4. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»*

En definitiva, el menor de edad, también el menor de edad extranjero, es titular del derecho de libertad religiosa. Autores como MARTÍN SÁNCHEZ<sup>288</sup> y GONZÁLEZ DEL VALLE<sup>289</sup> fundamentan este derecho en la dignidad de la persona. Este reconocimiento y su fundamentación se

---

<sup>288</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. “Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: *Derecho de familia y Libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho eclesiástico del Estado. Bilbao. Universidad del País Vasco, 2001. pp. 585-602: «Es evidente que el menor de edad es titular del derecho de libertad religiosa, en cuanto que éste resulta imprescindible para la garantía de la dignidad de la persona» (p. 588).

recogen por el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia que expongo a continuación.

En su sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal Constitucional analiza la posición jurídica de los extranjeros en relación a los derechos y libertades públicas. Establece que *«la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley” de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.*

*El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos, y más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio (fundamento jurídico 3)».*

---

<sup>289</sup> GONZÁLEZ DEL VALLE, José María. “La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona”. En: AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. Pamplona: Eunsa, 1983: «...el fundamento más exacto de la libertad religiosa estriba en la dignidad humana. Al estar dotada de razón y voluntad, sobre ella recae la responsabilidad de tomar decisiones en ese campo...Tales opciones han de ser dejadas a la libre responsabilidad personal. La dignidad de la persona explica que la opción religiosa corresponda a los padres o tutores, hasta que se alcance la mayoría de edad, que en el ámbito religioso suele situarse en los catorce años» (p. 238).

Así las cosas, no se discute que el menor extranjero sea titular del derecho constitucional a la libertad religiosa en igualdad de condiciones con los menores españoles y como garantía imprescindible de la dignidad humana, pero sí hay que precisar la cuestión relativa a la capacidad del menor para ejercer este derecho.

En principio, es menor de edad toda persona que no ha alcanzado una determinada edad, la cual suele fijarse en los dieciocho años porque esta es la frontera que en el ámbito internacional marca la diferencia entre minoría y mayoría de edad que, a su vez, es la línea divisoria de la plena capacidad de obrar de la persona en el goce de todos sus derechos civiles, políticos y sociales.

Por ello, en general, la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos va ligada a la institución de la patria potestad, entendida como el conjunto de derechos y deberes que el ordenamiento reconoce a los padres en beneficio de los hijos para su cuidado, asistencia y dirección. Sin embargo, el artículo 162 del Código Civil dispone que se exceptúa de la representación legal *«los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»*.

De esta forma, el derecho a la libertad religiosa es un derecho de la personalidad del menor y, por tanto, su ejercicio está excluido de la representación legal. Los padres o los tutores no actúan como representantes legales sino como expresión del deber antes mencionado de educar, velar y proteger a los hijos, guiándolos en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades, como dice la Convención. Por ello, el papel de los padres o de los tutores evolucionará desde su función decisoria en los primeros años de vida del hijo (eligen para sus hijos la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones), hasta llegar al carácter orientador cuando el niño alcance la adolescencia (guían al menor y cooperan con él en el ejercicio de este derecho cuando tenga madurez suficiente). Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2000, de 29 de mayo, en relación a la capacidad de menor, el principio rector es el llamado desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos, que implica una capacidad de obrar progresiva para ejercerlos según sus condiciones de madurez.

Algunos autores fijan una edad a partir de la cual el menor es capaz de ejercer el derecho a la libertad religiosa. MANTECÓN<sup>290</sup> y GÓNZALEZ DEL VALLE<sup>291</sup> fijan la edad de catorce años con base en el criterio de la madurez psicológica. Igualmente, LÓPEZ-ALARCÓN<sup>292</sup> fundamenta su postura en la madurez del menor, e incluso, establece una edad más temprana para ejercer la libertad religiosa de acuerdo a un criterio analógico, basándose en los doce años como edad clave en el ámbito civil para que el menor sea oído en asuntos familiares y procesales. La edad de doce años es *«una edad razonable para que actúe por sí en el ejercicio de los derechos de la personalidad y concretamente de los que incluyen expresamente las leyes en el ámbito de su plena autonomía, como las opciones religiosas, ideológicas y de conciencia»*. Con prudencia, este autor previene que el criterio cronológico de la edad (doce años) debe ir acompañado de la efectiva madurez del menor en concreto y que las decisiones del menor no sean contrarias a su interés: *«la decisión del menor sobre sus opciones religiosas e ideológicas debe ser vinculante cuando éste tiene suficiente madurez de juicio y no es perjudicial para su interés; pero, entiendo que sí constituye un criterio práctico ajustarse a dicha edad como indicativa de madurez suficiente del menor, edad que ya es vinculante para formalizar el acogimiento y adopción mediante la intervención del consentimiento del menor mayor de doce años»*<sup>293</sup>.

En definitiva, el menor tiene derecho a la libertad religiosa y se le reconoce capacidad para su ejercicio siempre que tenga suficiente madurez de juicio (suele situarse entre los doce y los catorce años) y no resulte perjudicial para su interés.

---

<sup>290</sup> MANTECÓN SANCHO, Joaquín. *El derecho fundamental de libertad religiosa*. Pamplona: Euns, 1996. «En términos absolutos, este derecho se puede ejercer plenamente al alcanzar la mayoría de edad legal, pero normalmente se podrá ejercer a partir del momento en que la persona alcance la suficiente madurez intelectual y psicológica, que convencionalmente suele situarse en torno a los catorce años. En efecto, la tendencia general que se observa es la de ampliar la esfera de libertad y de autodeterminación de los menores a partir de la adolescencia. En este sentido, en caso de conflicto entre el derecho de los padres y la libre opción religiosa de los hijos menores, habría que estar por la libertad del hijo. Pero hasta que el hijo no adquiriera aquella madurez mínima, la lógica interna del derecho pide que la opción religiosa sea ejercida por los padres o tutores y así suelen reconocerlo los principales textos normativos y acuerdos o convenios internacionales sobre la materia», p.123.

<sup>291</sup> También GONZÁLEZ DEL VALLE. *Derecho Eclesiástico Español*. 5ª Edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 238.

<sup>292</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. «Nuevo Derecho de Menores y ejercicio de opciones religiosas». *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. 1, 1997, núm. 15, pp. 323-343.

<sup>293</sup> ELÍAS MÉNDEZ, Cristina. *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. En la República Federal de Alemania, la Disposición 5.2 de la Ley de Enseñanza Religiosa a los Niños dispone que no se puede, a partir de los doce años, educar a una persona en contra de su voluntad en una doctrina religiosa distinta a la deseada o elegida por ella. A partir de los catorce años de edad, según el artículo 5.1 todos tienen derecho a decidir a qué confesión religiosa pertenecen.

De este modo, en caso de conflicto entre la libre opción religiosa del menor y la de sus padres o tutores, habría que estar por la libertad del menor una vez alcanzado ese nivel de madurez suficiente (hasta que no se alcance dicha madurez mínima, la opción religiosa será ejercida lógicamente por los padres o tutores). En el caso de menores extranjeros no acompañados, cuando no se hallen bajo la tutela de sus padres, se tomarán debidamente en consideración sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior de ellos.

No obstante, el respeto a la libertad del menor maduro encuentra un límite si la opción elegida por este es perjudicial para su interés, esto es, no contribuye a su formación y desarrollo completo y puede suponer algún peligro para él. Si los padres o tutores disienten por ello de la opción elegida por el menor, pueden ejercer su autoridad, recurriendo incluso a la intervención de la autoridad judicial, de conformidad con el artículo 158.3 del Código Civil.

Son muchos los procedimientos judiciales seguidos en relación con movimientos religiosos y sectas peligrosas que emplean métodos de captación y, después, contribuyen al deterioro de la personalidad de los miembros y adeptos. Como recoge LÓPEZ ALARCÓN, en su estudio ya mencionado, en España se han seguido procesos penales por proselitismo ilícito, coacciones, amenazas, atentados a la libertad y seguridad de las personas, estafas, delito fiscal, evasión de divisas, creación ilegal de centros de enseñanza, lesiones físicas y mentales, estupro y agresión sexual, asociación ilícita, delitos laborales, apareciendo implicadas entidades como *Edelweis*, El Patriarca, Orden de los Carmelitas de la Santa Faz del Palmar de Troya, Iglesia de la Cienciología, Iglesia de la Unificación, Culto Esotérico de Investigación, Niños de Dios, *Hare Krishna*, *Raschimura*, Asociación para la Cooperación Interreligiosa y Orden Monista del Perpetuo Reflejo. También existen ideologías intolerantes y fundamentalistas que se apoyan en el terrorismo y en la extorsión, así como éticas relativistas que proclaman el libre ejercicio de prácticas y actividades ilícitas. El menor tiene que ser protegido para evitar los peligros de su captación y la inserción en esos movimientos religiosos o sectas, así como amparado jurídica y socialmente para procurar la salida de esos grupos y ambientes y su recuperación psíquica.

En estas situaciones en las que la desinformación del menor y su voluntad debilitada por la manipulación les hace presa de adhesiones peligrosas, que les pueden ocasionar un daño físico o emocional, es cuando ha de predominar la voluntad de los padres en el pleno ejercicio del

contenido de la patria potestad, pues sería ineficaz seguir las pautas de guía y cooperación, resultando incluso necesario acudir a la vía judicial.

Por último, y en cuanto a los posibles conflictos entre los progenitores sobre las opciones religiosas de los hijos, con carácter general, los tribunales españoles prescinden de la religión en sí misma considerada como criterio para atribuir el cuidado de los hijos, de tal manera que la mera pertenencia a ciertos movimientos religiosos no es motivo suficiente para incidir en la guarda y custodia o en el régimen de visitas porque ello supondría la privación o limitación injustificada de derechos constitucionales como el de libertad religiosa o igualdad. Los riesgos de daño a los bienes e intereses del menor, la posible lesión a su bienestar físico y mental, al libre desarrollo de su personalidad, a su salud, a sus derechos, sí deben influir en la atribución de la guarda y en la fijación del régimen de visitas, pero siempre que se acredite el nexo causal entre dichas creencias y los perjuicios para el menor.

## 1. LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

### 1.1 El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones

La elección de profesar una creencia religiosa o no profesarla, o bien cambiar o abandonar la creencia que se profesa, es la principal manifestación del ejercicio de la libertad religiosa por el menor que ha alcanzado el suficiente grado de madurez. Y con base en lo que decida, otras manifestaciones de su libertad serían la expresión de su opinión sobre si desea recibir o no una educación religiosa, el uso de prendas de carácter religioso, asistir a oficios o ritos religiosos, etc. que examino a continuación.

Íntimamente relacionado con el derecho que se examina está el derecho a la educación. El artículo 27.3 de la Constitución establece que los poderes públicos deben garantizar el derecho que asiste a los padres de que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Este artículo está redactado de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 19 de marzo de 1952: *«El Estado en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a*

*asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones ideológicas y religiosas»;* con la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 26.3 dice que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos; y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 13.3 dispone que *«Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que este de acuerdo con sus propias convicciones»*.

Y por ello, como dice ROCA FERNÁNDEZ<sup>294</sup>, se entiende que el profesor es una especie de representante del Estado o de delegado de los padres y no puede ampararse en el derecho al libre desarrollo de su personalidad para extralimitarse en sus funciones. Aunque no pierda sus derechos fundamentales mientras ejerce la función docente, si los tiene limitados en orden al respeto de los derechos de los alumnos y los padres. Esto es, tiene el deber de no incurrir en adoctrinamiento.

Los Tribunales han resuelto litigios en los que, con base en la alegación de las propias convicciones, los padres se oponían a que sus hijos estuviesen escolarizados o cursaran determinadas asignaturas.

#### 1.1.1 Negativa de los padres a escolarizar a sus hijos menores o *home school*

En los casos de negativa de los padres a escolarizar a sus hijos menores invocando el derecho a elegir el tipo de educación de acuerdo con su conciencia (escuela en casa o *home school*), los Tribunales han entendido que el derecho de los padres no ampara otro supuesto derecho a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que solo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente. Es el caso resuelto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 6 de junio de 2005. Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo rechazó mediante su sentencia de 2 de diciembre de 2010.

Con carácter preliminar, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto el carácter obligatorio de la escolarización de los hijos decidido por el

---

<sup>294</sup> ROCA FERNÁNDEZ, María José. *Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, XI/2007.

legislador: es un deber recogido en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) –vigente en el momento en que se dicta la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Coín, que confirma la Audiencia Provincial de Málaga– que establece que la enseñanza básica, además de obligatoria y gratuita (artículo 9.1) incluye diez años de escolaridad, de tal manera que se iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis (artículo 9.2). Este deber ha sido mantenido por la posterior L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en su artículo 4.2 y no ha sido modificado por la vigente Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE).

Después, tras analizar si este deber de escolarización de los hijos entre seis y dieciséis años es o no respetuoso con el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, rechaza el amparo por dos razones.

La primera razón es que la facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida en la libertad de enseñanza recogida en el artículo 27.1 de la Constitución (*«Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza»*). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe, por un lado, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización y, por otro, a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo sea más acorde con sus preferencias pedagógicas o de otro orden.

La segunda razón por la que el Tribunal Constitucional rechaza el amparo es porque entiende que la imposición del deber de escolarización de los niños entre seis y dieciséis años constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio artículo 27 y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido: el derecho que asiste a los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Así, la escolarización obligatoria es acorde con el mandato constitucional a los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza (27.5 CE) y de inspeccionar y homologar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes (27.8 CE). Y encuentra su justificación en la



finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación: el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (27.2 CE).

El Tribunal entiende que *«La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [...] sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [...] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [...] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [...]»*. Y esta finalidad –superior a la simple transmisión de conocimientos- se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización.

#### 1.1.2 La enseñanza de la religión

El artículo 27.2 de la Constitución dispone que *«La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»*. El derecho a la educación es uno de los derechos esenciales de la infancia y la adolescencia, y la Constitución lo consagra fijando la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, de forma que los menores, españoles o no, deberán ser educados en el respeto de los principios democráticos de convivencia y de los derechos y libertades fundamentales. Además, la educación del menor inmigrante, de acuerdo con el artículo 29.1.c) de la Convención de Derechos del Niño, debe estar encaminada a inculcarle el respeto de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en el que vive y del país de que sea originario.

Por su parte, la ley de extranjería establece en su artículo 9 que los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación básica, gratuita y obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Los menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza que se imparte después de la obligatoria. Además, los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social, lo que se hará con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.

Los menores serán educados con respeto a su libertad de conciencia, así como a sus convicciones religiosas y morales. Por ello, la religión será de oferta obligatoria para los centros docentes y de carácter voluntario para los alumnos. La enseñanza religiosa católica es la más demandada tanto por los padres nacionales, pues es la confesión mayoritaria en España, como por los padres inmigrantes, ya que muchos de ellos provienen de Centroamérica y Sudamérica, donde el cristianismo está muy arraigado. Además -como veremos más adelante- se imparten otras religiones. Los contenidos y orientaciones pedagógicas para la enseñanza de la religión son elaborados por las distintas Iglesias, confesiones y comunidades religiosas, teniendo en cuenta los objetivos específicos de cada nivel educativo y las directrices establecidas por el Ministerio de Educación.

La Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa<sup>295</sup> (LOMCE), que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece, en la etapa de Educación Primaria, como asignatura específica la Religión o Valores Sociales y Cívicos, a elección de los padres o tutores legales; en la etapa de Educación Secundaria Obligatoria, la Religión o Valores Éticos, a elección de los padres o tutores legales o, en su caso del alumno; y en Bachillerato, Religión, entre una oferta de doce asignaturas, de las que el alumno debe elegir un mínimo de dos y un máximo de tres. Así, la enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo Sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de enero de 1979, de forma que se incluirá la religión católica como materia en los niveles educativos de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria y Bachillerato, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España, de 10 de noviembre de 1992, en los que se reconoce el derecho a la enseñanza religiosa judía, evangélica e islámica<sup>296</sup> en los centros públicos y concertados en sus diversos niveles. Podemos concluir,

<sup>295</sup> B.O.E. de 10 de diciembre de 2013.

<sup>296</sup> El artículo 10 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España establece:

«1. A fin de dar efectividad a lo dispuesto en el [artículo 27.3 de la Constitución](#), así como en la [Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación](#), y en la [Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo](#), se garantiza a los alumnos musulmanes, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria.

pues, que solo tienen derecho a impartir enseñanza religiosa las confesiones inscritas cuyo acuerdo de cooperación con el Estado español así lo prevea. Los evangélicos y los musulmanes han solicitado la oferta de la enseñanza de su religión en los centros docentes públicos, no así los judíos, que prefieren educar a sus hijos en las sinagogas y en sus familias.

Los respectivos artículos 10.6 de los Acuerdos prevén, además, que las iglesias y comunidades integrantes de las respectivas federaciones puedan establecer y dirigir centros docentes. Para VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA<sup>297</sup> se trata de una disposición innecesaria toda vez que esa posibilidad entra dentro de la libertad de enseñanza de la que son titulares las confesiones religiosas, como cualquiera otras personas físicas o jurídicas.

La determinación del currículo y de los estándares de aprendizaje evaluables que permitan la comprobación del logro de los objetivos y adquisición de las competencias correspondientes a la asignatura Religión será competencia de las respectivas autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponde a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido con los Acuerdos suscritos con el Estado español (artículo 91 de la L.O. 8/2013).

---

*2. La enseñanza religiosa islámica será impartida por profesores designados por las Comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España, con la conformidad de la Federación a que pertenezcan.*

*3. Los contenidos de la enseñanza religiosa islámica, así como los libros de texto relativos a la misma, serán proporcionados por las Comunidades respectivas, con la conformidad de la Comisión Islámica de España.*

*4. Los centros docentes públicos y los privados concertados a que se hace referencia en el número 1 de este artículo, deberán facilitar los locales adecuados para el ejercicio del derecho que en este artículo se regula, sin que pueda perjudicar el desenvolvimiento de las actividades lectivas.*

*5. La Comisión Islámica de España, así como sus Comunidades miembros, podrán organizar cursos de enseñanza religiosa en los centros universitarios públicos, pudiendo utilizar los locales y medios de los mismos, de acuerdo con las autoridades académicas.*

*6. La Comisión Islámica de España, así como las Comunidades pertenecientes a la misma, podrán establecer y dirigir centros docentes de los niveles educativos que se mencionan en el número 1 de este artículo, así como Universidades y Centros de Formación Islámica, con sometimiento a la legislación general vigente en la materia.»*

En idénticos términos recoge este derecho el artículo 10 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, sustituyendo enseñanza religiosa islámica por enseñanza religiosa evangélica y Comisión islámica de España por Federación de Entidades Religiosas Evangélicas.

También se prevé en el artículo 10 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, refiriéndose a la enseñanza religiosa judía y a la Federación de Comunidades Israelitas.

<sup>297</sup> VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, José María; MARTÍN, María del Mar; SALIDO, Mercedes. *Derecho y Religión. Lecciones introductorias de Derecho Eclesiástico Español*. Granada: Comares, 2014, p. 141.

En este punto es preciso recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997<sup>298</sup> que precisa que *«no se puede exigir a los poderes públicos que en todos y cada uno de los puntos del territorio nacional existan colegios o centros de enseñanza que respondan a las preferencias religiosas y morales de todos y cada uno de los padres españoles...»*, pues pese a que se trata de hacer efectivo el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones como contenido esencial del derecho fundamental a la libertad religiosa, como dice BRIONES MARTINEZ<sup>299</sup> *«si todas y cada una de las creencias religiosas profesadas por los ciudadanos en España formulan una solicitud de este tipo y el Estado decidiese que no puede atender esta petición de crear cientos, miles o millones de colegios, esta respuesta obedecería a la dificultad de realizar un gasto público de semejante índole, que hace imposible la gestión pública de esta demanda de libertad de conciencia y religiosa, pero no a que el Estado no esté obligado a dar una protección directa a un derecho fundamental de contenido prestacional»*.

Antes de terminar este epígrafe quiero referirme a los adultos y al ámbito universitario público, en el que no prosperó la demanda contra la obligatoriedad de cursar la asignatura de Derecho Canónico para obtener la licenciatura en Derecho. Como señala AGUDO ZAMORA<sup>300</sup>, el Tribunal Constitucional adopta el artículo 9 del Convenio Europeo como cauce interpretativo del artículo 16 de la Constitución, cuando concluye que: *«fácilmente se deduce de estos preceptos que la imposición estatal del estudio del Derecho Canónico para obtener un título académico no merma en modo alguno la libertad de profesión y expresión, pública o privada, de las propias convicciones religiosas, filosóficas o morales, ni obliga a nadie a declarar su ideología o sus creencias; no afecta a esa esfera de “agere licere” en que la libertad religiosa consiste fundamentalmente... ni implica violencia para las creencias de la persona»*<sup>301</sup>.

### 1.1.3 Oposición de los padres a que sus hijos reciban educación sexual en el ámbito escolar

También se ha planteado ante los Tribunales, la negativa de los padres a que sus hijos reciban una educación sexual integrada en una asignatura obligatoria, como Ciencias Naturales. Estos casos se han resuelto precisando que el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con

---

<sup>298</sup> Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictada en el recurso núm. 87/1995.

<sup>299</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. *El factor religioso y las autonomías*. Granada: Editorial Comares, 2011.

<sup>300</sup> AGUDO ZAMORA, Miguel Jesús. *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos...* cit., pp. 105-106.

<sup>301</sup> Auto del Tribunal Constitucional núm. 358/1985, de 29 de mayo (FJ 7º).

sus propias convicciones morales, religiosas o ideológicas no constituye un derecho ilimitado, sino que debe ser observado en relación con los derechos que la Constitución reconoce al resto de los agentes de la comunidad educativa, por lo que *«no resulta ajustado a Derecho tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, ni elegir o predeterminar en función de un ideario particular el contenido del proyecto educativo de un centro público, sin perjuicio de que el derecho a un determinado tipo de educación resulte asegurado mediante el derecho a la libre creación de centros docentes, centros que pueden sustentar un determinado ideario»* (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 23 de marzo de 1998).

#### 1.1.4 Oposición de los padres a que sus hijos cursen la asignatura de Educación para la Ciudadanía

La reciente la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, ha suprimido la asignatura de Educación para la Ciudadanía (introducida por la L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), y con ello, ha puesto fin a las numerosas objeciones de conciencia que se venían declarando. El objetivo de esta asignatura era formar o conformar la conciencia moral de los alumnos, sobre la base de unos valores que se consideraba que forman parte de un mínimo común ético. Muchos padres se han opuesto a que sus hijos cursen esta materia por entender que, tal como estaba configurada, constituía una materia adoctrinadora, y su imposición obligatoria atentaba contra la libertad ideológica y religiosa y vulneraba el derecho fundamental que les asiste a elegir para sus hijos la formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La oposición de los padres era a la configuración en bloque de la asignatura y el instrumento utilizado fue la declaración de objeción de conciencia ante la Administración.

En este punto quiero recordar la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 161/1987, de 27 de octubre, que establece: *«la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en otro alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente a un deber concreto»*.

Ante la negativa de la mayoría de las Administraciones autonómicas a reconocer este derecho, los Tribunales de Justicia se han pronunciado de

diferente manera<sup>302</sup>. Todos coinciden en la existencia del derecho a la objeción de conciencia, que deriva del derecho a la libertad ideológica y religiosa consagrado por el artículo 16 de la Constitución Española; afirman que la asignatura de Educación para la Ciudadanía incide en las convicciones morales de los alumnos, pues admiten que la materia tiene como objetivo la formación moral del menor sobre la base de unos valores que forman parte de una ética llamada cívica -pública, en contraposición a privada-; y, finalmente, advierten que los poderes públicos deben evitar el adoctrinamiento de los escolares al organizar el sistema educativo. Pese a estas coincidencias, llegan a conclusiones distintas.

La mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia han estimado la pretensión de los padres, reconociendo el derecho a la objeción de conciencia frente a la asignatura de Educación para la Ciudadanía, y eximiendo a los alumnos de cursar dicha materia y de ser evaluados. Los Tribunales de Justicia de Andalucía<sup>303</sup> y la Rioja<sup>304</sup>, así como los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Huesca<sup>305</sup> y Cáceres<sup>306</sup>, entienden que en esta materia se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. De la lectura del contenido de la asignatura se desprende la elaboración de un tratado o corpus de lo que es el individuo y de lo que debe ser, una construcción ideológica de la persona global o integral, en la programación de un enseñanza que es obligatoria, dirigida explícitamente a la formación moral de los alumnos, lo cual violenta la libertad ideológica y religiosa de las personas y el pluralismo político constituido como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Con la asignatura se impone a los alumnos, como normas morales, una serie de valores concretos que son los elegidos por el Estado en un determinado momento histórico, erigiéndolo así en adoctrinador de todos los ciudadanos en valores y virtudes cívicas.

Por el contrario, las sentencias de los Tribunales de Justicia de Navarra<sup>307</sup>, Baleares<sup>308</sup> y Cantabria<sup>309</sup> han sido contrarias a las pretensiones de los padres y en su argumentación distinguen entre ética pública, que el

<sup>302</sup> Vid., sobre este tema LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel. “La objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2008, núm. 17.

<sup>303</sup> Entre otras, sentencias de 4 de marzo (recurso núm. 787/2007) y 30 de abril de 2008 (recurso núm. 519/2007).

<sup>304</sup> Por todas, en cuanto reproducen la fundamentación, sentencia núm. 156/2008, de 8 de julio.

<sup>305</sup> Sentencias núm. 235/2008, de 22 de agosto, 287/2008, de 24 de octubre, 329/2008, de 4 de diciembre, 340/2008, de 15 de diciembre y 355/08, de 22 de diciembre.

<sup>306</sup> Sentencias núm. 211/2008 y 212/2008, de 10 de diciembre.

<sup>307</sup> Entre otras, sentencias núm. 465/2008, de 9 de octubre y 562/2008, de 14 de noviembre.

<sup>308</sup> Sentencia núm. 627/2008, de 5 de noviembre.

<sup>309</sup> Sentencias núm. 17/2009, de 16 de enero y 30/2009 y 31/2009, de 20 de enero.

Estado puede imponer con carácter obligatorio, y ética privada, que viene referida al ámbito de las convicciones íntimas y las creencias personales, cuya elección compete a los padres y los alumnos, en el ejercicio de los derechos reconocidos por la propia Constitución. Para RUANO ESPINA<sup>310</sup>, la distinción entre ética pública y privada no tiene apoyo constitucional, sino que parte de un postulado ideológico: frente a la tesis de la unidad de la ética, basada en la unidad moral y psicológica de la persona humana, el Gobierno que implantó la asignatura se decantó por la postura ideológica que defiende la doble ética o ética disociada, que hunde sus raíces en la Ilustración<sup>311</sup>.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de Pleno de 11 de febrero de 2009, declara la inexistencia de un derecho a la objeción de conciencia frente a la asignatura de Educación para la Ciudadanía. En una interpretación conjunta de los artículos 10 y 27 de la Constitución<sup>312</sup>, invocados por los recurrentes, establece las siguientes consecuencias. La primera es que la actividad del Estado en materia de educación es obligada en cuanto representa el aspecto prestacional del derecho a la educación. La segunda es que esa intervención tiene como fin no solo asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino

<sup>310</sup> RUANO ESPINA, Lourdes. "El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2009, núm. 19.

<sup>311</sup> Vid., sobre este tema BAZÁN, José Luis. *Informe sobre las influencias ideológicas en Educación para la ciudadanía*. Fundación Derecho y Libertad. Madrid: 10 de enero de 2009. Disponible en Web: <http://www.unav.es/icf/main/EC/Bazan>. [Consulta: 4 de enero de 2013].

<sup>312</sup> Artículo 10.

1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

Artículo 27.

1. *Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*

2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*

3. *Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

4. *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.*

5. *Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*

6. *Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*

7. *Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.*

8. *Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.*

9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.*

10. *Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.*

también ofrecer una instrucción o información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático. Y la tercera es que ese cometido estatal, debido a la fuerte vinculación entre democracia y educación, está referido a toda clase de enseñanza: la pública y la privada. Además, puntualiza que la actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica. De aquí que entienda que la existencia de la asignatura Educación para la Ciudadanía es ajustada a derecho, pues no es correcto sostener que el Estado no tenga nada que decir sobre la educación de los menores, ni quepa ninguna transmisión de valores a través del sistema educativo. Y concluya que el deber jurídico de cursar la asignatura Educación para la Ciudadanía es un deber jurídico válido.

Y en cuanto a si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía, el Tribunal recuerda que ni en la jurisprudencia constitucional española ni en los instrumentos internacionales suscritos por España, hay base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general. Entiende importante aclarar que no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. En efecto, tanto cuando se trataba del servicio militar obligatorio, como de la intervención en el aborto en los supuestos despenalizados, se percibe con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes jurídicos bien precisos. Claridad que no se da en la materia recurrida.

Descartada la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general, el Tribunal examina si existe un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo, sobre la base del artículo 27.3. Esto es, si el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones permitiría oponer razones de conciencia para quedar eximidos de cursar una materia como Educación para la Ciudadanía. Y concluye que tampoco existe, pues el artículo 27.3 permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria si invaden el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral, pero no permite pedir dispensas o exenciones. Dice el Tribunal: *«Es preciso tener presente, en fin, las peculiares características de una materia obligatoria cuya finalidad declarada es educar a ciudadanos. Puede naturalmente discutirse acerca de la oportunidad de tal*



*materia; pero, una vez verificado que es ajustada a derecho, autorizar exenciones individuales de dicha materia sería tanto como poner en tela de juicio esa ciudadanía para la que se aspira a educar. En un Estado democrático de derecho, el estatuto de los ciudadanos es el mismo para todos, cualesquiera que sean sus creencias religiosas y morales; y, precisamente por ello, en la medida en que esas creencias sean respetadas, no hay serias razones constitucionales para oponerse a la existencia de una materia obligatoria cuya finalidad es formar en los rudimentos de dicha ciudadanía, incluido el reconocimiento del propio derecho a la libertad ideológica y religiosa.»*

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en muchos casos<sup>313</sup> y, en general, ha procurado armonizar los principios del pluralismo religioso y la autodeterminación personal con la responsabilidad del Estado de garantizar un derecho a la educación que asegure la formación integral de los niños, incluida la educación en los valores constitucionales propios de una democracia, donde no exista discriminación alguna por motivos de ideología, cultura o religión.

Así, el Tribunal, por un lado, ha afirmado que el respeto a las convicciones culturales o religiosas no puede servir para apoyar la reclamación de un derecho subjetivo a obtener la exención de aquella enseñanza que se considera contraria al ideario personal. La libertad religiosa no puede llevar a un sistema de enseñanza «a la carta» donde prime la concepción personal del credo religioso sobre la necesidad de dotar al sistema educativo de una racionalidad y objetividad que garantice adecuadamente el derecho a la educación, y por otro, ha fijado un límite a la discrecionalidad de las autoridades educativas: la prohibición de adoctrinamiento cultural o religioso, exigiendo que el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y enseñanza, vele por que los conocimientos sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista.

Con la supresión de la asignatura se pone fin al conflicto, reforzando así el principio de neutralidad que exige que aquellos temas sensibles, que tengan una dimensión ética o moral no sean incorporados al currículo escolar con carácter obligatorio, para poder preservar a los alumnos del adoctrinamiento contrario a sus convicciones o a la de sus padres.

Finalmente, quiero recordar que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho de los padres a educar a sus hijos con arreglo a sus

---

<sup>313</sup> Entre otros, Caso *Dhalab* contra Suiza (decisión sobre la admisibilidad de la solicitud núm. 42393/98, de 15 febrero 2001) y Caso *Layla Sahin* contra Turquía (sentencia de 29 de junio de 2004).

convicciones religiosas o ideológicas corresponde a estos como titulares de la patria potestad, mientras el menor carezca de las necesarias condiciones de madurez. Es, pues, una manifestación de la patria potestad, de forma que, en los casos de pérdida de esta por sentencia judicial o por adopción, los padres biológicos pierden el derecho a educar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones. Por supuesto, no se pierde en los casos de privación de la custodia, pues esta figura conlleva únicamente limitaciones al ejercicio de la patria potestad (pero no su pérdida) y la asunción temporal por parte de la autoridad pública competente del cuidado del menor, internándolo en una institución de acogimiento o encomendándolo a una familia. En estos casos, dado que la situación es temporal, las autoridades públicas deben tener en cuenta los derechos de los padres biológicos en materia de educación religiosa o ideológica de sus hijos, aunque ello no implica una obligación absoluta de actuar necesariamente conforme a sus deseos. En todo caso es deber del Estado, cuando el menor sea confiado a una institución pública de acogimiento, velar para que no sea objeto de adoctrinamiento<sup>314</sup>. En virtud del principio de interés superior del menor, la Comisión ha declarado que no existe violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 cuando los niños de corta edad han sido confiados a una familia de religión distinta a la de sus padres biológicos, debido a la imposibilidad de encontrar, sin emplear un tiempo excesivo, un hogar de la misma religión que la profesada por sus padres y cercano al domicilio de estos para que así su derecho de visitas no fuera un mera posibilidad teórica<sup>315</sup>.

Otro supuesto sobre el que se ha pronunciado el Tribunal es el de la discrepancia entre los titulares de la patria potestad respecto a la educación religiosa que deben recibir sus hijos. La educación religiosa o ideológica de los hijos corresponde a los dos progenitores conjuntamente y en condiciones de igualdad durante el matrimonio y en caso de disolución (artículo 5 del Protocolo núm. 7, de 22 de noviembre de 1984, que garantiza la igualdad de derechos y deberes entre los esposos, en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1). En caso de conflicto entre los cónyuges, esto es, cuando un cónyuge no quiere para el hijo la religión sobre la que existía un acuerdo en el momento de la celebración del matrimonio o intenta cambiarla, será la autoridad judicial quien decida con base en el interés del menor.

---

<sup>314</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 17 de noviembre de 1983, dictada en la solicitud núm. 10723/83. *Ulla Widén* contra Suecia. Disponible en Web: <http://www.nkmr.org/en/import/2514-widen-c-sweden-1>. [Consulta: 7 de diciembre de 2013].

<sup>315</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 3 de diciembre de 1997, dictada en la solicitud núm. 26909/95. *Peter Andreas y Monika Kristina Tennenbaum* contra Suecia. Disponible en Web: <http://echr.Ketse.com/doc/26909.95-en-19971203/view/> [Consulta: 7 de diciembre de 2013].

Hasta la sentencia *Hoffmann* contra Austria, de 23 de junio de 1993, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó el criterio de la continuidad para resolver los conflictos surgidos entre los progenitores en la educación religiosa o ideológica con el fin de evitar el desequilibrio psicológico causado por el cambio de orientación si el menor ha sido educado en una concreta religión o ideología un tiempo determinado. El caso *Hoffmann* trata de unos padres católicos en el momento de contraer matrimonio que educaron a sus dos hijos en dicha religión. Posteriormente la madre se hace testigo de Jehová. Cuando los padres se separan, los tribunales austriacos en primera y segunda instancia conceden a la madre la custodia de los hijos, atribución que modifica el Tribunal Supremo concediendo la custodia al padre en consideración al interés superior de los menores que concretan, por un lado, en la posibilidad de poner en riesgo la salud del menor como consecuencia de una posible negativa de la madre a una transfusión de sangre y, por otro, en las incidencias que podía tener sobre la vida social de los niños el hecho de hallarse asociados a una minoría religiosa (la mayoría de la población austriaca es católica o agnóstica).

La madre denuncia ante el Tribunal Europeo el haber sido privada de la guarda y custodia de sus hijos debido a sus convicciones religiosas, invocando su derecho al respeto de su vida familiar (artículo 8 del Convenio), su libertad religiosa (artículo 9 del Convenio) y su derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas (artículo 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio). El Tribunal reconoce que la medida adoptada por el Tribunal Supremo de Austria perseguía un fin legítimo, la protección de los derechos y la salud de los hijos, pero aprecia una diferencia de trato basada en la religión que es discriminatoria pues carece de «*una justificación objetiva y razonable*» ya que no existía una relación de proporcionalidad entre el fin pretendido y los medios empleados, por lo que entiende vulnerado el derecho de la madre a la vida privada y familiar en relación con el artículo 14, relativo a la discriminación del trato por motivos religiosos<sup>316</sup>.

De esta forma, el Tribunal permite que los hijos, formados desde su nacimiento en la religión católica, se eduquen como Testigos de Jehová tras la conversión de la madre. Se dio primacía a la libertad religiosa de la madre y no al interés superior de los menores. Entiendo que la atribución de la custodia al padre no se debe a que la madre haya optado por la fe de

---

<sup>316</sup> El Tribunal estima que en el presente caso no se plantean cuestiones distintas en el terreno del artículo 9, considerado aisladamente o en relación con el artículo 14; las circunstancias alegadas son las mismas que para el artículo 8 en relación con el artículo 14, respecto de los cuales la sentencia ha declarado la existencia de violación. Sobre la denuncia relativa al artículo 2 del Protocolo núm. 1, como no ha sido mantenida ante el Tribunal, este no encuentra razón alguna para examinarla de oficio.

los Testigos de Jehová, sino a que se han tenido en cuenta esencialmente las consecuencias que este hecho habría supuesto para el futuro de sus hijos (el Tribunal las concreta en que el rechazo a las transfusiones puede poner en peligro la salud e incluso la vida de los menores; el aislamiento social, y la posible afectación por el proselitismo de la madre). Por ello, considero que no se trata de una discriminación basada en la religión de la madre sino de una decisión legítima adoptada en interés de los menores, para proteger su salud y su futuro.

En la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América<sup>317</sup>, también encontramos ejemplos de conflicto entre los padres sobre la educación religiosa que quieren que reciban sus hijos. En *Funk v. Ossman*<sup>318</sup>, se analiza el caso de una pareja que se había casado en una ceremonia judía y que se divorcia cinco años más tarde cuando su hijo tenía quince meses. La madre disfrutaba de la custodia única y se convirtió del judaísmo al luteranismo, educando a su hijo en sus convicciones. El padre pretendía seguir adoctrinando a su hijo en la religión judía.

El Tribunal de Apelación recuerda que, con base en la Primera Enmienda de la Constitución Federal, debe garantizarse la imparcialidad ante las religiones, al no adoptarse ninguna como propia del Estado y reconocerse el libre ejercicio de la libertad religiosa, salvo que pueda probarse que las creencias religiosas inculcadas puedan afectar el general bienestar del niño. En busca de esa prueba, se solicitó el dictamen de un psicólogo y un rabino. El psicólogo apreció un estado de ansiedad serio en el menor por recibir formación en ambas religiones y por el pleito que estaba enfrentando a sus padres. El rabino manifestó que no resultaba saludable educar a un niño en dos religiones, para ser cristiano y judío al mismo tiempo. De ahí que el Tribunal, en defensa del mejor interés del menor, requirió al padre para que no adoctrinara al niño en la religión judía y que este siguiera educándose en el luteranismo, religión de la madre, que disfrutaba de la custodia única.

En este punto quiero referirme<sup>319</sup> a una cuestión que surgió en el Reino Unido sobre si los padres tienen derecho a delegar la facultad de infligir un castigo razonable sobre sus hijos en profesores de escuelas cristianas

---

<sup>317</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>, “El interés del menor en casos de custodia. Conflictos culturales y religiosos. La jurisprudencia en los Estados Unidos de América”. En: AA.VV. *Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro Valls*. Volumen I, Iustel, 2012, pp.1511-1536.

<sup>318</sup> Sentencia de 11 de abril de 1986 dictada en el Caso *Funk v. Ossman*. *Court of Appeals of Arizona, Division 2, Department A*. [150 Arizona 578 (1986) 724P. 2d 1247]. Disponible en Web: [http://www.leagle.com/decision/1986728150\\_Ariz\\_578\\_1611.x](http://www.leagle.com/decision/1986728150_Ariz_578_1611.x). [Consulta: 11 de diciembre de 2013].

<sup>319</sup> Vid., sobre este tema, BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. “La disciplina y el castigo físico de los menores: del terreno de la conciencia y de la autonomía a la ilegalidad en el Reino Unido”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2007, núm. 15.

independientes. Los padres alegan que este modo de educar a sus hijos es una cuestión de conciencia, un deber sagrado que se basa en el Libro de los Proverbios. Pero con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal, así como en legislación inglesa sobre derechos humanos y derechos de los niños, se concluye que deben protegerse los derechos de los niños -entre ellos, su integridad física- por encima del derecho de los padres a educarlos conforme a sus propias convicciones religiosas, limitándose así el ejercicio de la libertad de conciencia de estos.

Volviendo a nuestro ámbito nacional, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2000, de 29 de mayo, estimó el recurso de amparo contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia al considerar que se había vulnerado el derecho del recurrente a la libertad ideológica y religiosa al restringir su régimen de visitas a sus hijos menores con motivo de su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España. El Tribunal Constitucional afirma que los menores de edad son titulares plenos de su derecho a la libertad religiosa y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos corresponda por entero a los que ejerzan su patria potestad, pues el disfrute por el menor de estos derechos fundamentales se modulará en función de su madurez y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. Por ello, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de cuidar que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el interés «superior» del niño. Así, *«frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (art. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)»*.

La limitación a la libertad religiosa debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la protección del menor y estar debidamente justificada. En la sentencia, sentado lo anterior, se estima el recurso porque la desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia

(el régimen de visitas quedó limitado a fines de semana alternos sin pernocta, suprimiendo todos los periodos vacacionales) conduce a afirmar que el recurrente ha sido discriminado en virtud de sus creencias. El Tribunal Constitucional entiende que bastaba, como se hizo en la instancia, con la prohibición de hacer partícipes de las creencias del padre a sus hijos, sin que conste que tal prohibición hubiese sido violada.

De todo lo anterior puede concluirse que el límite a la voluntad y a las decisiones de los padres o tutores en su derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones se encuentra en procurar el bienestar de los mismos y su formación integral, educándolos en los valores de la democracia, sin discriminación por motivos de ideología, cultura o religión. Y las restricciones de la libertad de creencias deben someterse a un canon estricto, que comporta el deber de los poderes públicos de justificar su imposición. Sin tal justificación, se constriñe indebidamente la libertad de creencias.

## 1.2 El uso del velo islámico

El reconocimiento del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones y la presencia de menores extranjeros supone que, en el seno del sistema educativo, se den expresiones de simbolismo multicultural y religioso que pueden producir situaciones problemáticas que se analizan a continuación como, por ejemplo, el uso del velo islámico parte de estudiantes musulmanas y la presencia del crucifijo en las aulas.

Partiendo de que el uso del velo islámico, como manifestación de una creencia o convicción religiosa, que en algunos casos responde al cumplimiento de un deber religioso, no debe prohibirse salvo para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás, hay que diferenciar cuando quien usa el velo es una profesora o una alumna.

No hay que olvidar que España es un Estado aconfesional, con un modelo de cooperación entre el Estado y las distintas religiones mayoritarias, que permite que sus ciudadanos manifiesten sus creencias siempre que no sean contrarias al orden público. Así, los ciudadanos

pueden expresar sus creencias religiosas –con los límites ya vistos- pero el Estado debe mantener una posición de neutralidad frente a ellas.

Por lo tanto, si se trata de una profesora, cabe prohibir el uso del velo en un centro educativo público, pues este debe cumplir con la neutralidad, consecuencia de la laicidad estatal. La profesora debe dar ejemplo de neutralidad y no podrá usar vestimenta religiosa. Además, el lugar que ocupa respecto a sus alumnos menores de edad puede implicar una mayor influencia sobre ellos. Cualquier manifestación de carácter religioso se puede interpretar como proselitista, lo que iría en contra de la neutralidad a la que se debe el centro y sus profesores y además podría implicar un conflicto con la libertad religiosa de los menores.

Así lo entendió el Tribunal Europeo en el caso de *Dahlab* contra Suiza (sentencia de 15 de febrero de 2001), en el que el Tribunal sostuvo la prohibición de llevar el velo como manifestación externa de su religión a una profesora durante el ejercicio de sus funciones docentes. La profesora trabajaba en un colegio público de enseñanza primaria y se había convertido del catolicismo al Islam. Se le prohibió vestir el pañuelo a la cabeza en aplicación de una ley para preservar el carácter laico de los colegios públicos. Para el Tribunal las autoridades nacionales habían aplicado de manera razonable el margen de apreciación al estimar que la prohibición de velo era una medida necesaria para la protección del orden público, la seguridad pública y los derechos y libertades de los demás. La restricción solo afectaba a la docencia y al ser un centro público y los alumnos entre cuatro y seis años, entendió que a esta edad se es muy susceptible a influencias externas y resultaba complicado transmitir un mensaje de tolerancia, igualdad y no discriminación y mantener la paz religiosa.

Tratándose de alumnas, el Tribunal Europeo, en el caso *Leyla Sahin* contra Turquía (sentencia de 10 de noviembre de 2005), admitió que se limitara el uso del velo islámico si el fin legítimo es proteger el orden público y el derecho de los demás y todo ello justificado al amparo de los principios de igualdad y laicidad necesarios para el mantenimiento de la democracia. El Tribunal Europeo declaró que el uso del velo *«es un símbolo religioso fuerte, capaz de ejercer un efecto proselitista impropio y como elemento difícil de conciliar con el principio de igualdad de género»* y que cuando una conducta moralmente obligada entra en conflicto con alguna ley estatal, el Tribunal no reconoce el derecho a ser eximido del cumplimiento de la norma ya que entiende que el artículo 9 no protege en todo caso cualquier clase de acto motivado o inspirado por una religión o

convicción y no siempre garantiza el derecho a comportarse de la manera dictada por una convicción religiosa.

En sus sentencias de los casos *Kervanci y Dogru contra Francia*, ambas de 4 de diciembre de 2008, entre otras, tiene declarado que la prohibición del velo islámico en el ámbito educativo no implica una vulneración del derecho de libertad religiosa de los alumnos, siempre y cuando la prohibición se ajuste a las pautas del artículo 9 del Convenio, esto es, que esté prevista por la Ley y sea una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

En estos y en otros casos, como por ejemplo, *Köse* y otros noventa y tres demandantes contra Turquía<sup>320</sup>, el Tribunal argumenta sobre la importancia y consecuencias de la laicidad en la escuela como medio de protección de las creencias de los estudiantes, sobre todo teniendo en cuenta su juventud y presumible influenciabilidad. Por ello, en aras de la tutela de los alumnos y de un mantenimiento de la paz religiosa en la escuela, la prohibición de símbolos religiosos ostensibles no excede el margen de apreciación discrecional que tienen los Estados para aplicar las restricciones a la libertad religiosa previstas por el artículo 9.2 del Convenio.

Por su parte, la ya aludida Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 14.3 que *«la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás»*.

Nuestra ley de extranjería, en su artículo 23, redactado conforme al artículo 14 del Convenio de Roma, considera discriminatorio *«todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural»*.

---

<sup>320</sup> Decisión de admisibilidad núm. 26625/02, de 24 de enero de 2006. En: JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN. *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Disponible en Web: <http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion>. [Consulta: 7 de octubre de 2011].



En este punto quiero señalar que en nuestro entorno occidental, solo Francia y Bélgica<sup>321</sup> han establecido mediante ley la prohibición de usar el velo islámico, con base en el laicismo constitucionalmente establecido en dichos países.

En España, no existe ninguna ley estatal que establezca la prohibición del uso del velo islámico. Y ya hemos dicho que la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2013, ha declarado que, con base en el artículo 53 de la Constitución, solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, como es la libertad religiosa. Y solo la ley puede fijar los límites a un derecho fundamental; que los límites que se establezcan a los derechos fundamentales han de encontrarse en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; y que deben ser necesarios para lograr el fin legítimo previsto, proporcionados para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosos con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.

Por ello, la restricción del derecho a la libertad religiosa que supone la prohibición de usar el velo islámico en un centro educativo de acuerdo con su reglamentación vulnera el derecho fundamental. Primero, porque es un reglamento -y no una ley- el que establece la prohibición. Segundo, porque tal medida no puede ser considerada necesaria para proteger la seguridad, la salud y la moralidad públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás. La salud y la moralidad públicas no se ven afectadas por el uso del velo islámico. La consecución de la seguridad en un centro educativo no puede justificar limitar el derecho fundamental a la libertad religiosa, pues en el caso de portar velo integral -*burka* o similar- bastaría con solicitar a la persona que se identifique. Y la alusión a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los demás carece de base, pues no hay base real para determinar una efectiva lesión al derecho a la integridad física.

En el caso de que un centro educativo establezca en su reglamento la prohibición de permanecer en el mismo con la cabeza cubierta, el uso del velo islámico debería considerarse una excepción a la misma, precisamente por tratarse de una manifestación del derecho fundamental a la libertad religiosa.

No lo entiende así el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, en su sentencia núm. 35/2012, de 25 de enero, que desestima

---

<sup>321</sup> En Francia, la Ley de 11 de octubre de 2010 y, en Bélgica, la Ley de 1 de junio de 2011.

el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del Viceconsejero de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid de 20 de agosto de 2010, sobre imposición de una sanción a la recurrente por incumplimiento -al portar velo islámico- de las normas del centro educativo.

Como punto de partida hay que señalar que el artículo 120.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación, establece: *«Que los Centros docentes dispondrán de autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del Centro».*

De conformidad con esta Ley, el Instituto de Enseñanza Secundaria «Camilo José Cela», de Pozuelo de Alarcón, elaboró un Reglamento de Régimen Interior aprobado por el Consejo Escolar el 30 de octubre de 2007, que establece lo siguiente:

- En el capítulo IV, artículo 15 («Derechos de los alumnos»), figura en el apartado b) el derecho a que se respete su identidad, integridad y dignidad morales, y en el apartado e) el derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución. También el artículo 16 («Deberes básicos de los alumnos») establece en el apartado g) respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del Centro educativo.

- En el capítulo VI, artículo 32 («Normas de conducta»), se dispone en el apartado 4) que los alumnos deberán acudir a clase correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros. En el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza.

- El artículo 35 califica como falta leve cualquier infracción a las normas de conducta establecidas en el artículo 32 -el uso de prenda que cubra la cabeza- y a las normas generales de funcionamiento establecidas en el capítulo V, cuando por su identidad no llegara a tener la consideración de falta grave ni muy grave.

Las faltas leves se corregirán de forma inmediata de acuerdo con lo dispuesto en este Reglamento. Las sanciones para corregir las faltas leves serán la amonestación verbal o por escrito. Las amonestaciones escritas deberán ser devueltas al Profesor tutor tras ser firmadas por los padres o tutores del alumno.

Con base en lo anterior, el Instituto sancionó con una amonestación por escrito a una alumna que acudía a clase portando velo islámico. Ella recurrió ante los Tribunales la sanción por entender que se había vulnerado el principio de dignidad de la persona y su derecho a la libertad religiosa.

Para el Juzgado, no cabe hablar de vulneración del principio de dignidad de la persona *«por el mero hecho de prohibirle acudir a clase con la cabeza cubierta por ningún tipo de prenda, sino que se trata de una norma de convivencia en cuanto a la indumentaria a utilizar por todos los alumnos con objeto de evitar distracciones a sus compañeros, y para regular la convivencia en el centro docente mediante la delimitación de una conducta que todo alumno conoce, con carácter previo, y está obligado a respetarla y en virtud de la autonomía para elaborar y aprobar normas de organización y funcionamiento del centro»*.

Para mí, el respeto a la dignidad humana es el respeto al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de la persona. Por lo tanto, una limitación al ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa solo es legítima para la salvaguarda del orden público, como dice el artículo 16 de la Constitución, y de *«la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden publico protegido por la Ley»*, como establece el artículo 3.1 de la Ley Orgánica que desarrolla el derecho de libertad religiosa (Ley Orgánica 7 /1980 de 5 de Julio). Ni el orden público (que también lo constituye el derecho a la libertad religiosa, pues como ya he dicho en un Estado constitucional está formado por los derechos y libertades fundamentales), ni la seguridad, la salud o la moralidad pública quedarían afectados por el uso del velo islámico en un centro educativo. La prohibición de acudir a clase con la cabeza cubierta por cualquier tipo de prenda como norma de convivencia en cuanto a *«la indumentaria a utilizar por todos los alumnos con objeto de evitar distracciones a sus compañeros y para regular la convivencia en el centro»* no debe alcanzar al velo islámico, pues este responde a la manifestación de un deseo, o incluso, de un deber, con base en las creencias religiosas y morales de quien lo lleva.

Tampoco comparto la argumentación de que *«Además resulta bastante curioso que la alumna se vistió con normalidad desde el primer curso de ESO, septiembre de 2005, esto es, cumpliendo las normas internas del Centro y en el mes de Febrero de 2010, esto es, más de cuatro años después decidió acudir al Instituto llevando el velo islámico, lo cual resulta bastante incomprensible»*, porque la decisión de portar el velo es una decisión libre que la alumna ha podido adoptar en el proceso de maduración de sus creencias.

En cuanto a la vulneración del derecho a la libertad religiosa, y en concreto, de una manifestación de su ejercicio como el empleo de símbolos personales de adscripción religiosa, el Juzgado alude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que la prohibición del velo islámico en el ámbito educativo no implica una vulneración del derecho de libertad religiosa de los alumnos, siempre y cuando la prohibición se ajuste a las pautas del artículo 9 del Convenio: que esté prevista por la Ley y sea necesaria en una sociedad democrática para la protección y defensa de bienes de naturaleza jurídica, que coincide con los previstos en el artículo 3.1 de nuestra Ley Orgánica 7/1980 de 5 Julio (Sentencias *Kervanci* y *Degru* contra Francia, ambas de 4 de diciembre de 2008).

Aplicando estos preceptos al caso entiende que la prohibición de emplear el velo islámico en el recinto escolar está previsto en el artículo 32 del Reglamento de Régimen Interior (en el interior del centro no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna prenda que cubra la cabeza) y que, aunque entraña una injerencia en el derecho de libertad religiosa, atendiendo a la doctrina citada, dicha prohibición es admisible cuando sea necesaria en el ámbito de una sociedad democrática para la salvaguarda de sus intereses (seguridad, salud, moralidad) previstos en el artículo 9 del Convenio.

Y de ahí concluye que la decisión del centro de prohibir a la alumna el uso del velo islámico cumple con las exigencias de protección de los derechos humanos y constituye, al mismo tiempo, una medida necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los demás y del orden público: la laicidad y la libertad religiosa de los distintos miembros de la Comunidad educativa y, por tanto, no se vulnera la libertad religiosa.

La sentencia que analizo en ningún punto de su argumentación se refiere al derecho de la alumna -también reconocido en los artículos transcritos del Reglamento del centro- de que se respeten sus convicciones religiosas. Y en el ejercicio de ese derecho se incluye el empleo de símbolos personales de adscripción religiosa. A mi juicio, este respeto no es contrario a la laicidad mencionada en la sentencia. Cuando el artículo 16 de la Constitución establece que: «*Ninguna confesión tendrá carácter estatal*» se refiere a que el Estado -y, por tanto, sus organismos, como puede ser un centro educativo de una Comunidad Autónoma- mantendrá una actitud neutra ante cualquier confesión religiosa. Es el Estado el que no debe portar símbolos, pero sus ciudadanos sí pueden como manifestaciones de sus creencias y de su derecho a la libertad religiosa. Tampoco considero que el respeto al uso de velo islámico sea contrario a la libertad religiosa de los

distintos miembros de la Comunidad educativa, pues cada uno podrá emplear -dentro del respeto a la seguridad, salud y moralidad, como hace el que porta velo islámico- el símbolo personal religioso que desee, como ocurre cuando un estudiante católico lleva en su cuello una cadena con una cruz.

Por lo tanto, considero que la prohibición del uso del velo islámico es una injerencia en el derecho a la libertad religiosa pues ni persigue un fin legítimo ni es necesaria en el ámbito de una sociedad democrática para la salvaguarda de los intereses alegados (seguridad, salud, moralidad) y que el respeto a las alumnas que lo porten debería primar por encima de otras consideraciones como las tratadas en la sentencia anterior porque se ajusta a nuestro ordenamiento (desde la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio Europeo de Derechos Humanos hasta la Ley de extranjería, pasando por la Constitución y la Ley Orgánica de Libertad religiosa) que considera discriminatorio todo acto que limite el reconocimiento o el ejercicio de un derecho con base en las convicciones religiosas.

Finalmente, quiero señalar que en la Comunidad de Madrid, en los supuestos en que se presentan estos conflictos en el ámbito educativo, prima siempre el derecho a la educación y, por tanto, se procura la escolarización en un Centro donde no haya reglamentación que impida acudir a clase portando el velo islámico y, en caso de no ser posible -y por ello deba asistir a un centro donde exista una política en materia de uniforme- se permite la escolarización sin condicionamientos y la asistencia al Centro portando el velo islámico. Así ocurrió en el caso de Fátima *Ledrisse*, una niña marroquí que no obtuvo plaza en el Colegio Público de San Lorenzo de El Escorial porque todas estaban cubiertas y tuvo que matricularse en un colegio religioso concertado donde existían unas normas en materia de uniforme para todos los alumnos que se comunicaban a los padres en el momento de realizar la matrícula. Pese a que estaba exenta de las clases de religión, la niña dejó de asistir a clase para no tener que cumplir las normas de uniformidad. El colegio dio parte a la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, que decidió que *«a pesar de las valoraciones que se pudieran hacer sobre el significado del velo islámico y la necesidad de respetar la reglamentación de los centros escolares por todos los alumnos, el derecho a la escolarización de la niña estaba por encima de cualquier otra controversia»*.<sup>322</sup>

---

<sup>322</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup> «El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia». En: *La libertad religiosa en España y derecho comparado y su incidencia en la Comunidad de Madrid*. Programa de actividades de I + D entre grupos de investigación de la Comunidad de Madrid. Referencia: S2007/HUM-0403. Acrónimo: LIBRELIGIOSA-CM, p. 23

### 1.3 El crucifijo en las aulas. El debate sobre la diversidad religiosa y la neutralidad en el espacio público frente al respeto a las tradiciones de la sociedad

Otro conflicto en este ámbito es el creado por la presencia del crucifijo en las aulas. El crucifijo es un símbolo fundamentalmente religioso. La doctrina<sup>323</sup> distingue entre símbolos estáticos y símbolos dinámicos, de forma que se habla de simbología estática para hacer referencia a elementos simbólicos emplazados en un punto fijo, como, por ejemplo, el crucifijo colgado en una pared, y de simbología dinámica para aludir a aquellos símbolos que son susceptibles de estar en movimiento, como el pañuelo islámico o las medallas que utilizan algunos creyentes.

Los Estados aconfesionales deben abordar con neutralidad el hecho religioso y lo pueden hacer de distinta forma: la neutralidad o laicidad estricta o pasiva que se caracteriza por la indiferencia estatal ante el fenómeno religioso y su no intervención en el desarrollo de la libertad religiosa, y la laicidad abierta o activa, que justifica la intervención del Estado para hacer efectivo el ejercicio de la libertad religiosa.

En el ámbito europeo hay dos líneas jurisprudenciales en torno a la exposición de símbolos estáticos en el espacio público, especialmente en centros docentes.

La primera está representada por las sentencias del Tribunal Federal Suizo de 26 de septiembre de 1990 y del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1995. Según esta línea, en la escuela pública, el principio de laicidad ha de aplicarse con carácter absoluto porque el Estado es garante de la neutralidad confesional de la escuela. Además, su presencia puede perturbar la sensibilidad de los alumnos no cristianos e influir en el proceso de formación de su conciencia religiosa. La presencia, pues, del crucifijo en todas las aulas de los colegios públicos lesiona el derecho fundamental a la libertad religiosa. El crucifijo es fundamentalmente un símbolo religioso, aunque además lo sea de la cultural occidental. El Estado no puede identificarse con ninguna confesión religiosa ni otorgar un tratamiento privilegiado a algunas pese a su importancia social.

La segunda línea jurisprudencial vincula el significado de la cruz a valores históricos, humanistas o universales. Es el caso de la mayor parte de las decisiones judiciales italianas sobre la presencia del crucifijo en las aulas y de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de 18 de marzo de 2011 dictado en el caso *Lautsi* contra Italia.

<sup>323</sup> Vid., CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. *Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*. Navarra: Aranzadi, 2005, pp. 43 y ss.

La demandante, ciudadana italiana de origen finlandés, solicitaba la retirada de los crucifijos en las aulas donde estudiaban sus hijos. La dirección de la escuela se negó por considerar que el crucifijo era un símbolo de la cultura y la historia italianas y, por tanto, de la identidad del país. Posteriormente, los tribunales apoyaron este argumento. En la sentencia de primera instancia (sentencia de 3 de noviembre de 2009), el Tribunal Europeo consideró que la presencia del crucifijo en la escuela constituye una violación del derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y de la libertad de los alumnos y condenó al gobierno italiano a indemnizar a la demandante por daños morales. Sin embargo, ante el recurso presentado por el Estado italiano, la Gran Sala del Tribunal estimó que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas se inscribe dentro del marco de acondicionamiento del entorno escolar como función asumida por el Estado en el campo de la educación y la enseñanza. Declara, por un lado, que el crucifijo es ante todo un símbolo religioso pero también simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, y que no hay ningún elemento que indique la eventual influencia que la exposición en las paredes de las aulas de un símbolo religioso pudiera tener sobre los alumnos; y, por otro lado, que la elección de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas forma parte del margen de apreciación del Estado italiano, cuya reglamentación, al prescribir la presencia de crucifijos en dichas aulas otorga a la religión mayoritaria del país una visibilidad preponderante en el entorno escolar que no es suficiente como para caracterizar una postura de adoctrinamiento por parte del Estado demandado, por lo que concluye que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas no constituye una violación del derecho invocado.

En esta sentencia, a pesar de atribuir al crucifijo un valor preponderantemente religioso, la Gran Sala utiliza el margen de apreciación del Estado en materia educativa para justificar su exposición en las aulas de los colegios públicos italianos.

Para MORENO ANTÓN<sup>324</sup>, es un pronunciamiento incongruente pues reconoce *«que el crucifijo es un símbolo religioso que otorga una visibilidad preponderante a la religión mayoritaria del país y, al mismo tiempo, justifica su exhibición en las aulas en el margen de apreciación nacional sin entrar a valorar mínimamente el cumplimiento por el Estado italiano de su deber de imparcialidad y equidistancia respecto a todas las religiones en el entorno escolar»*.

---

<sup>324</sup> MORENO ANTÓN, María. “La simbología religiosa estática en la jurisprudencia: no sólo cuestión de principios”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2013, núm. 32.

Este caso tiene un gran interés para varios países europeos, pues, Armenia, Bulgaria, Chipre, Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania, la Federación Rusa y la República de San Marín habían apoyado las tesis de Italia y se habían personado como parte en el proceso.

Para el Padre Lombardi, director de la oficina de información de la Santa Sede, con esta decisión se *«reconoce a un nivel jurídico sumamente autorizado e internacional que la cultura de los derechos del hombre no debe ponerse en contraposición con los cimientos religiosos de la civilización europea, a los que el cristianismo ha dado una contribución esencial»*<sup>325</sup>. Y el cardenal Gianfranco Ravasi, presidente del Pontificio Consejo para la Cultura del Vaticano, ha declarado, en relación con esta sentencia, que *«el crucifijo es uno de los grandes símbolos de Occidente...si Europa pierde la herencia cristiana pierde también su rostro...la presencia cristiana es un elemento fundamental y absolutamente relevante en Occidente»*<sup>326</sup>.

Nuestros Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la presencia del crucifijo en las aulas y le reconocen una trascendencia pedagógica, aunque matizando que su simple colocación no puede entenderse como un acto de proselitismo, salvo que vaya acompañado de un adoctrinamiento explícito más intenso. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 20 de septiembre de 2007, se afirma que la retirada de todo símbolo religioso de un colegio público, con base en el principio de libertad religiosa y de la declaración de aconfesionalidad del Estado, no es la única solución posible. La colocación o retirada de un símbolo conforme con las creencias de la totalidad de los alumnos no vulnerará su libertad religiosa y, además, será plenamente adecuado a las circunstancias del entorno social del alumnado. En un entorno social y de alumnado multicultural, un Consejo Escolar puede, en atención a las peticiones recibidas, mantener o colocar unos símbolos en unas aulas y no en otras, según la concreta composición de las mismas.

En esta sentencia, el Tribunal no se pronuncia sobre la admisibilidad constitucional del crucifijo, pues queda fuera del contenido del recurso. Sí lo hace la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Valladolid, de 14 de noviembre de 2008, que sostiene que *«la presencia de símbolos religiosos en las aulas y dependencias comunes del centro educativo público en el que se imparte enseñanza a menores que se encuentran en plena fase de formación de su personalidad vulnera los*

---

<sup>325</sup> Vaticano: con el crucifijo el Tribunal Europeo respalda la libertad religiosa. Disponible en Web: <http://www.zenit.org/es/articles/vaticano> [Consulta: 20 de marzo de 2011].

<sup>326</sup> El Tribunal de Estrasburgo avala los crucifijos en escuelas públicas italianas. Disponible en Web: <http://www.abc.es/20110318/sociedad> [Consulta: 20 de marzo de 2011].



*derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 y 16.1 y 3» y, por ello, su fallo obliga a la retirada de los símbolos en las aulas y espacios comunes del colegio.*

Esta decisión es corregida por la sentencia de 14 de diciembre de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que ordena a la Administración educativa la supresión de símbolos religiosos de los espacios comunes y de las aulas en las que cursen estudios alumnos cuyos padres hayan solicitado expresamente la retirada de todo símbolo religioso. Este Tribunal adopta una solución intermedia, pues dice así: *«ni se puede imponer la presencia del crucifijo en las aulas a los alumnos y padres disconformes, ni tampoco se puede exigirla desaparición total y absoluta de los símbolos religiosos en todos los espacios públicos, sea en centros educativos, en la calle o en los lugares donde se desarrolla la vida en sociedad»*. Para el Tribunal si no existe petición de retirada de los símbolos, el conflicto no existe y la vulneración de derechos tampoco, por lo que resulta procedente el mantenimiento o la existencia del crucifijo.

En definitiva, la solución a los conflictos que puedan surgir en el ámbito educativo en relación con la presencia de los crucifijos será competencia del Consejo Escolar correspondiente, que valorará en cada caso las circunstancias y adoptará una decisión. MORENO ANTÓN considera esta solución errónea porque no se trata -dice- de enfrentar los derechos de unos y otros para ver cuál es prevalente, sino de determinar cuál es la mejor actuación estatal posible para proteger y garantizar la libertad religiosa de todos: en los centros docentes públicos, no debería haber un crucifijo en las aulas porque ello es contrario a la neutralidad e imparcialidad exigibles a la Administración para que garantice la libertad e igualdad de todos.

## 2. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DEL MENOR. El respeto a la conciencia en la integración de las personas

El ejercicio de la libertad de conciencia, religión y creencias de los padres y del menor puede entrar en conflicto con la salud, e, incluso, con la vida de este. En estos casos, puede producirse un choque entre dos conciencias: la deontológica, que lleva al facultativo a intervenir para preservar la salud o la vida del paciente, y la conciencia religiosa del menor y de sus padres o tutores, que rechaza un tratamiento que, en muchos casos, es imprescindible para mantenerlo con vida.

En Occidente, las principales confesiones religiosas que plantean este tipo de conciencia religiosa son dos. Por una parte, los Testigos de Jehová, que rechazan las transfusiones sanguíneas basándose en su particular interpretación de los Textos Sagrados. Y por otra, la secta religiosa *Christian Science*, que rechaza todo tratamiento sanitario pues sus miembros creen que cualquier dolencia puede sanar exclusivamente mediante la oración y consideran ilícito el recurso a los tratamientos médicos de manera generalizada.

En derecho comparado, la regla general viene siendo el respeto a la voluntad del adulto capaz, que no desea someterse a un tratamiento médico o a una transfusión de sangre a pesar de que esa negativa pueda costarle la vida. Si se trata de un adulto con hijos menores, incluso no nacidos, que dependen económica, educativa y afectivamente de la supervivencia del adulto, se han dado casos en los que se considera legítima la imposición del tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente<sup>327</sup>. Cuando un menor o sus padres se oponen por motivos de conciencia a un determinado tratamiento médico imprescindible para salvar su vida o evitar un grave daño a su salud física o mental, no prima su libertad de conciencia o religiosa, pues el juez se subrogará en la facultad que naturalmente corresponde a los padres sobre los hijos menores y autorizará dicho tratamiento (en algunos países como Australia, la ley confiere ese poder de subrogación directamente al médico involucrado siempre que el tratamiento sea esencial para salvar la vida del enfermo y el médico tenga experiencia previa en dicho tratamiento). La jurisprudencia estadounidense se manifiesta de forma muy significativa: «*Los padres pueden ser libres, por razones religiosas, para ser mártires ellos mismos. Pero de ahí no se sigue que sean libres en idénticas circunstancias para hacer mártires a sus hijos, antes de que hayan alcanzado la edad de la plena discreción*».<sup>328</sup>

---

<sup>327</sup> La resolución judicial de la Corte Suprema del Estado de Nueva York en 1976 (Caso *Matter of Melideo*, 390 NYS 2d 523) declaró que la existencia de hijos de menores de edad dependientes del enfermo mayor de edad y capaz que se niega a recibir una transfusión justifica la imposición de dicho tratamiento médico cuando el mismo es imprescindible para salvar su vida. Se acude al criterio del hijo dependiente, en virtud del cual prima el interés del Estado en el bienestar del hijo sobre las creencias religiosas y libertad de los progenitores. En: *La objeción de conciencia en el Derecho norteamericano*. Memoria de Doctorado de don Rafael Palomino Lozano. Disponible en Web: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/5/0/5001740>. [Consulta: 6 de octubre de 2011].

En el caso *In re Osborne* 294 A 2d 372 (1972) se admitió la objeción de conciencia a la transfusión sanguínea por parte de una varón Testigo de Jehová, padre de dos hijos, porque su familia al completo estaba de acuerdo y parecía existir un grado de cohesión familiar que aseguraba el sostenimiento material de los hijos así como un adecuado ambiente para su educación e integro desarrollo personal. Disponible en Web: <http://academic.udayton.edu/lawrenceutrich/osbornedoc.htm>. [Consulta: 6 de octubre de 2011].

<sup>328</sup> *Muhlenberg Hospital v. Geraldine Patterson*, 320 A. 2d 518 (1974). En: NAVARRO-VALLS, Rafael; MARTINEZ TORRON, Javier. *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid: Istel, 2011.

A nuestros tribunales, la única modalidad de esta objeción de conciencia que ha llegado es la relativa a las transfusiones sanguíneas y a los Testigos de Jehová.

Y como analizo a continuación, la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1997, en su argumentación, valora la protección de la vida del hijo menor de edad por encima de su derecho a la libertad religiosa y a la de sus padres. Recuerda el Tribunal, en primer lugar, que el derecho a la vida queda consagrado en el artículo 15 de la Constitución al igual que el derecho a la integridad física y moral. El conflicto en este caso se origina al no autorizar los progenitores -testigos de Jehová- la necesaria transfusión de sangre que salve la vida de su hijo de trece años. El menor fallece al ser el único tratamiento médico válido y pese a la imposibilidad moral de prestación de auxilio por los padres por motivos de conciencia, son condenados por un delito de homicidio a la pena de dos años y seis meses de prisión.

En la sentencia se diferencia claramente los supuestos de mayoría y minoría de edad que ya he mencionado: la ponderación de los derechos en conflicto *«varía sustancialmente si la vida que corre peligro por la negativa u oposición a la necesaria transfusión sanguínea es la de un menor. El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición»*.

Es muy claro el argumento: el derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si estos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible, pues realizan la conducta prevista en el artículo 138 del Código Penal (homicidio) en la modalidad de comisión por omisión dolosa, ya que concurre en ellos la condición de garantes [artículo 11, a) del Código Penal] y existe un nexo causal entre la omisión y el resultado.

Para el Tribunal Supremo *«resulta evidente que la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e*

*incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas».*

Así, el conflicto entre la objeción de conciencia y determinados tratamientos médicos y en concreto las transfusiones de sangre, adquiere especial relevancia cuando entran en colisión las convicciones religiosas con el derecho a la vida.

La sentencia analizada declara como cierto que las transfusiones de sangre eran el único tratamiento para salvar la vida del menor, sin que existiera otra alternativa.

En el supuesto que examinamos, los padres, que tenían el ejercicio de la patria potestad, estaban en posición de garantes de la salud de su hijo, correspondiéndoles el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para evitar cualquier situación que pusiera en peligro su salud o su vida, estando obligados a proporcionarle la asistencia médica que hubiere precisado. Y esta posición de garantes no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre, pues resulta irrelevante el consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida.

Los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que de haber prestado su consentimiento no se hubiera producido y por ello se les imputa el resultado de muerte de su hijo.

Es cierto que los padres no querían la muerte de su hijo pues hicieron muchos esfuerzos para buscar alternativas a la rechazada transfusión de sangre, a pesar de que se les había informado reiteradas veces que tales alternativas no existían. Pero con su negativa a la transfusión impedían que se pudiera prestar a su hijo el único tratamiento médico que podía salvarle la vida.

En conclusión, el Tribunal Supremo entiende que debe protegerse el derecho a la salud y a la vida de los menores sin limitación alguna que pueda provenir del derecho a la libertad ideológica y religiosa, siendo la voluntad del menor completamente irrelevante a estos efectos.

Sin embargo, al ser recurrida en amparo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 18 de julio de 2002, concluyó que la actuación de los padres se encontraba amparada por el derecho fundamental de la libertad

religiosa, otorgándoles el amparo solicitado y anulando la sentencia del Tribunal Supremo.

El objeto del recurso se centró en la relación que puede existir (y que, en todo caso, ha de precisarse) entre la condición de garante de los padres como titulares de la patria potestad, concretada en este caso en relación con el derecho del menor a la vida (artículo 39.3 de la Constitución), y el derecho fundamental a la libertad religiosa y, en su caso, la afectación de tal relación por el principio de legalidad, todo ello desde la perspectiva constitucional.

Esta sentencia establece importantes consideraciones:

- En cuanto a los límites a conducirse conforme a las propias convicciones:

Como ya dijo este Tribunal en su sentencia núm. 141/2000, de 29 de mayo, *«el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente»*.

La existencia de límites en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa es expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto. Así, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera directa o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos, y, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable.

Y, según la doctrina de este Tribunal, *«todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6)»*.

- Sobre si el menor puede ser titular del derecho a la libertad religiosa

Como ya he expuesto, desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución, los menores de edad son titulares plenos de sus derechos

fundamentales, en este caso, de su derecho a la libertad religiosa, sin que el ejercicio del mismo y la facultad de disponer sobre él se abandone por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez de este y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (artículos 162.1, 322 y 323 del Código Civil o el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Y, en consecuencia, *«sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño»*.

- En cuanto al significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito

El menor expresó con claridad, en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, su voluntad -coincidente con la de sus padres- de oposición al tratamiento médico consistente en la transfusión de sangre. Este es un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante –como hace el Tribunal Supremo- y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos.

Además, el Tribunal Constitucional quiere subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Así, *«Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)*.

- Sobre la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito.

En el recurso de amparo se alega precisamente el error de la sentencia del Tribunal Supremo al establecer «la irrelevancia del consentimiento u

oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida».

El ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se hallan precisamente el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el artículo 162.1 del Código Civil. Pero hay que tener presente que tal exclusión no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses.

De las consideraciones precedentes cabe concluir:

En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física.

En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, prevalece el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales.

En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según ha declarado este Tribunal, la vida, *«en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985) (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8)»*.

En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

La decisión del menor –de no aceptar la transfusión por sus convicciones religiosas– no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos considerados en el recurso de amparo, habían de adoptar.

Sentados los anteriores extremos, el Tribunal examinó si la condición de garantes, atribuida por el Tribunal Supremo a los recurrentes en amparo, resulta afectada –y, en su caso, en qué sentido– por el derecho de éstos a la libertad religiosa.

En el análisis de la adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, confrontando el derecho a la vida del menor (artículo 15 de la Constitución) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (artículo 16.1 de la Constitución), la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida *«un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional»* (sentencias del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, el derecho fundamental a la vida tiene *«un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»* (sentencias del mismo Tribunal 120/1990, de 27 de junio, FJ 7º, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5º).

En definitiva, la decisión de aceptar la propia muerte *«no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tanta facultad de autodisposición sobre su propio ser»*.

Como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7º, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5º). Y para el Tribunal Constitucional *«es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión»*.

En el examen de qué concretas acciones se exigían a los padres, en relación con la prestación del tratamiento médico autorizado por la resolución judicial, el Tribunal Constitucional hace las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se les exigía una acción disuasoria sobre el hijo a fin de que éste consintiera en la transfusión de sangre. Ello supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. Más aún, de una actuación que es



contradictoria, desde la perspectiva de su destinatario, con las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida.

En segundo lugar, se les exigía la autorización de la transfusión, a la que se había opuesto el menor en su momento. Ello supone también la exigencia de una concreta y específica actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas, además de ser también contraria a la voluntad -claramente manifestada- del menor.

En tercer lugar, es oportuno señalar que los padres llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a los cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión, bien que ésta se llevara a cabo tardíamente. Los riesgos para la vida del menor se acrecentaron, ciertamente, en la medida en que pasaban los días sin llegar a realizarse la transfusión, al no conocerse soluciones alternativas a ésta, si bien consta, en todo caso, que los padres siguieron procurando las atenciones médicas a su hijo.

Partiendo de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional concluyó que la exigencia a los padres de una actuación disuasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

Además, tales actuaciones iban más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias, por lo que su actuación se encontraba amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa y por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho.

Finalmente, en cuanto a si se ha producido la vulneración del principio de legalidad penal (derecho a la legalidad penal), que proclama el art. 25.1 CE., se concluye que, en este caso, la vulneración del principio de legalidad es inherente a la vulneración del derecho a la libertad religiosa, por lo que resulta innecesario un pronunciamiento sobre el particular.

El Tribunal afirma que los padres del menor fallecido invocaron su derecho a la libertad religiosa como fundamento de su actitud omisiva y, al

mismo tiempo, posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor y por ello otorga el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa.

En definitiva, de las dos sentencias analizadas (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997 y sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002) puede concluirse:

- Que debe respetarse la decisión de un adulto capaz respecto de cualquier intervención médica corporal, como es la transfusión de sangre, con base en su derecho a la libertad religiosa o en su derecho a la integridad física.
- Si se trata de un menor, con independencia de su consentimiento o el de sus padres, cuando sea necesario un tratamiento médico para evitar un grave riesgo en su salud o, incluso, la pérdida de su vida, debe autorizarse judicialmente el tratamiento. La no prestación del consentimiento por los padres porque sus convicciones religiosas se lo impiden no debe generar responsabilidades penales, siempre que permitan la actuación tutelar de los poderes públicos.
- Para el Tribunal Constitucional, la condición de garante de los padres no se extiende al cumplimiento de una actuación disuasoria o de una actuación permisiva de la transfusión, pues son actuaciones que afectan negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas, y de aquí que se encuentren amparadas por el derecho fundamental a la libertad religiosa.

Finalmente, quiero referirme a la posición del médico y del juez ante la negativa de un paciente por razones de conciencia a un tratamiento médico.

Los médicos deben informar a sus pacientes de la intervención o tratamiento que estiman necesario para su curación y estos deben consentirlo por escrito. La Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, establece, en su artículo 10, como una excepción a la exigencia del consentimiento escrito del enfermo para realizarle cualquier intervención, que *«la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento»*. Fuera de estos casos, los médicos deben atenerse al consentimiento escrito del paciente adulto y capaz. Si no se presta, los profesionales médicos deben mantener una actitud pasiva aun a sabiendas del probable fallecimiento del paciente que no acepta la transfusión o tratamiento médico. Por ello, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su

artículo 21, ha previsto la posibilidad del alta voluntaria, pudiéndose disponer el alta forzosa si la misma no fuera aceptada por el paciente, a excepción de situaciones en que existan tratamientos alternativos, aun de carácter paliativo, pudiendo llegar, en los casos de negativa persistente al alta, a someter la cuestión a la autoridad judicial para que confirme o revoque la decisión médica.

Por otro lado, hay supuestos en los que el paciente no está en disposición de prestar su consentimiento. Si existe un documento de voluntades anticipadas o testamento vital, debe respetarse. Si no existe, el consentimiento debe ser prestado o no por sus familiares, que deben acreditar cuál hubiera sido la voluntad del enfermo adulto inconsciente de haber podido expresarla. Por ejemplo, deberían demostrar la pertenencia del sujeto a un grupo religioso y su voluntad de oponerse a determinado tratamiento para mantenerse fiel a su credo.

Si el médico no considera suficiente la negativa de un familiar de un adulto inconsciente a un tratamiento médico vital, debe solicitar al juez que le autorice a administrar el tratamiento.

En el caso de menores, si los padres se oponen a un tratamiento vital, el médico solicitará autorización judicial -que siempre será concedida- para administrárselo.

Cuando los médicos o los jueces no han respetado la voluntad de los adultos capaces o de sus familiares, su actuación se ha justificado como de estado de necesidad (auto de 14 de marzo de 1979 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo<sup>329</sup>), por la obligación de proteger la salud (auto de 22 de diciembre de 1983<sup>330</sup>), o por la irrelevancia del consentimiento al considerarse la vida como un bien jurídico indisponible (sentencia de 27 de marzo de 1990).

Sin embargo, en otras instancias judiciales sí se exige que se respete la libre decisión de un sujeto adulto en relación a un tratamiento vital. Así, el

---

<sup>329</sup>Es el caso de una mujer Testigo de Jehová que, después de una intervención, necesita una transfusión de sangre. Ante la negativa del esposo, se requirió autorización judicial que se otorgó telegráficamente. Con posterioridad, la paciente formuló querrela contra el juez por estimar que había cometido un delito contra su libertad religiosa. El Tribunal Supremo acordó la inadmisión de la querrela teniendo en cuenta la concurrencia de un estado de necesidad que legitima la conducta del juez que lo autoriza, porque aunque lesionó un bien jurídico de dicha persona, su derecho de libertad religiosa, causó un mal menor que el que se trataba de evitar, como era la muerte de la querellante. En el mismo sentido, autos de 22 de diciembre de 1983 y 25 de enero de 1984 del Tribunal Supremo.

<sup>330</sup> El Tribunal declara lícita la transfusión realizada pero los argumentos son distintos aunque complementarios. Se rechaza la comisión de un delito de coacciones y de atentado contra la libertad religiosa alegando, según la Ley Orgánica de libertad de 5 de julio de 1981, que esta libertad encuentra sus límites en la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad públicas (artículo 3.1).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el auto de 23 de diciembre de 1992, desestimó la apelación referente a la admisión a trámite de una querrela presentada contra el magistrado que ordenó la práctica de una transfusión de sangre a un Testigo de Jehová. Para el Tribunal el juez no tiene que autorizar forzosamente la transfusión para no incurrir en el delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 del Código penal si el paciente es mayor de edad y adopta su decisión libremente. Esto es, si no se trata de un menor ni de un incapacitado, el juez no tiene obligación ineludible de conceder la autorización.

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida, de 25 de enero de 2011, ante la autorización judicial para practicar una trasfusión de sangre a un paciente Testigo de Jehová que había manifestado su oposición, tras ser debidamente informado, y que había aportado un documento de voluntades anticipadas en el que ya se pronunciaba en el mismo sentido, entendió que se trataba de *«un ejercicio de autodeterminación en relación con una intervención sobre el propio cuerpo amparada por la ley, no resultado justificada la imposición obligatoria de la intervención médica en contra de la clara e inequívoca voluntad expresada por el paciente»*.

En este punto quiero señalar la importancia de la formación de los profesionales sanitarios para conocer las diferentes características culturales de los diversos grupos étnicos y religiosos, así como su influencia en la relación terapéutica y la necesidad de garantizar su acceso a leyes, protocolos o guías para poder tratar mejor a estos pacientes y resolver los choques culturales que se producen como, por ejemplo, la presencia de la pareja en la consulta médica, la petición de certificados de virginidad, el rechazo de tratamientos por razón de creencias religiosas, la práctica de la circuncisión, la mutilación genital femenina, los diferentes hábitos dietéticos, etc.

#### **E. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA. Conflicto entre la ley y la tradición cultural**

La protección del menor constituye un límite a la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideológica o religiosa de sus padres o tutores en cuanto a la realización de prácticas contrarias a los derechos y libertades de aquellos. En este apartado analizo la práctica de las mutilaciones genitales femeninas y la prevalencia del derecho de la menor a su integridad física frente a la libertad de conciencia del adulto, con base en la propia dignidad humana consagrada en el artículo 10 de la Constitución, no pudiendo en caso alguno invocar la costumbre o el propio

código ético para justificar la vulneración de la integridad física y moral de la niña o adolescente.

## 1. LAS MUTILACIONES GENITALES FEMENINAS

En muchos países africanos<sup>331</sup>, India y Malasia, las mutilaciones genitales femeninas tienen profundas raíces sociales y culturales y forman parte del rito del paso a la edad adulta y de la identidad étnica y de género de muchas mujeres; proporcionan unas señas de identidad propias, avaladas por unas huellas físicas que llevarán de por vida<sup>332</sup>. Se trata de una tradición ancestral que consiste en la extirpación total o parcial del clítoris -sin ninguna justificación médica- y que se practica por muchas razones: la pureza (se cree que una mujer circuncidada es una mujer limpia); razones estéticas (el clítoris puede crecer demasiado); y razones religiosas y razones culturales (aumenta las oportunidades matrimoniales, facilita el parto, una mujer no mutilada no podrá ser madre porque al rozar el niño el clítoris con la cabeza fallecería al nacer, no podría tocar alimentos porque los contaminaría, los hombres la rechazarían porque no estaría garantizada su fidelidad). Como recoge la profesora de antropología KAPLAN MARCUSÁN<sup>333</sup>, *«estamos manejando no solo distintas concepciones de “normalidad” y “monstruosidad”, sino también un “factor de conmoción” recíproco: ellas no solo no entienden que nosotras no estemos circuncidadas, sino que además les resulta difícil de aceptar»*.

Estas prácticas ancestrales han sido prohibidas en muchos países africanos, pero además debe producirse una transformación social, religiosa y cultural más amplia, que llegue a las propias raíces culturales y a las relaciones de género.

---

<sup>331</sup> Egipto, Chad, Níger, Malí, Mauritania, Senegal, Gambia, Guinea, Liberia, Costa de Marfil, Burkina Faso, Togo, Benin, Sierra Leona, Sudan, Eritrea, Yibut, Etiopía, Yemen, Somalia, Uganda, Kenia, Zaire, Tanzania, Republica Centroafricana, Camerún y Nigeria

<sup>332</sup> Aunque, en la actualidad, en España -en Francia lo vienen haciendo desde hace 15 años- las inmigrantes que hayan sufrido ablación del clítoris pueden recuperar la sensibilidad sexual mediante una intervención quirúrgica de reconstrucción del clítoris. De esta forma recuperan una apariencia anatómica normal y se sienten integradas en la cultura occidental. En: “Cirugía contra la barbarie”. Por Ana M. Ortiz. Diario El Mundo. 18 de mayo de 2008.

<sup>333</sup> KAPLAN MARCUSÁN, Adriana. “Mutilaciones genitales femeninas; entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”. En: *La Multiculturalidad*. Cuadernos de Derecho Judicial. 2001, núm. 6.

Ya en el año 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución núm. 48/104, de 20 de diciembre, que contiene la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, reconoce la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de estos derechos humanos, e incluye, en su artículo 2, la mutilación genital femenina dentro de los actos de violencia física, sexual y psicológica que se producen en la familia. En su artículo 4 se dispone que los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla, estableciendo, por un lado, en sus legislaciones nacionales, sanciones a todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares y, por otro, medidas apropiadas, especialmente en el sector de la educación, para modificar pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias.

Para los partidarios de estas prácticas, la circuncisión masculina es una *farata* o *farada*, esto es, una obligación emanada del Corán (aunque en ningún versículo se hace mención a estas prácticas) y, por tanto, de carácter preceptivo. Por su parte, la circuncisión femenina es una *sunna*, es decir, forma parte de la tradición y solo tiene carácter recomendatorio y no obligatorio. Así, todos los hombres musulmanes están circuncidados, al igual que los judíos, mientras que no todas las mujeres musulmanas lo están<sup>334</sup>.

La circuncisión femenina<sup>335</sup> pertenece pues a la tradición y se denomina en ámbitos académicos *Female Genital Cutting* (FGC) que podemos traducir como Cortes Genitales Femeninos y también como Mutilaciones Genitales Femeninas (FGM) para subrayar que estas prácticas claramente atentan contra la integridad física y psíquica de las mujeres, en cuanto constituyen una amputación de una parte funcional y sana del organismo.

---

<sup>334</sup> KAPLAN MARCUSÁN, Adriana “Mutilaciones genitales ...cit. pp. 195-216.

<sup>335</sup> Los tipos de operación que se practican son :

Tipo I) Clitoridectomía: eliminación del prepucio del clitoris. En el mundo islámico es lo que se conoce como *sunna* y el equivalente a lo que llamamos con frecuencia circuncisión, y que en África equiparan a la del hombre.

Tipo II) Excisión: ablación del prepucio, del clitoris y de los labios menores, total o parcial, dejando los labios mayores intactos.

Tipo III) Infibulación: excisión del prepucio, del clitoris, de la totalidad de los labios mayores y menores, y la sutura de ambos lados de la vulva. Se deja un pequeño orificio que permite la salida de la orina y de la sangre menstrual.

Estas prácticas tienen efectos perjudiciales en la salud sexual y reproductiva de las mujeres y además, al realizarse por personas con limitados conocimientos de medicina, instrumentos no esterilizados (hojas de afeitar, cuchillos, cuerdas...), y sin anestesia existe la posibilidad de que se produzcan complicaciones<sup>336</sup> durante la intervención o durante el periodo de cicatrización de la herida como, por ejemplo, esterilidad, infecciones y hemorragias que pueden llegar incluso a provocar la muerte.

Además de estas complicaciones físicas, se dan complicaciones psicológicas como sentimientos de humillación, vergüenza, terrores nocturnos, depresión, sentimiento de traición, engaño y decepción por parte de mujeres emigrantes y síndrome «*genitally focused anxiety-depression*», caracterizado por una constante preocupación sobre el estado de los genitales y pánico a la infertilidad.

Esta claro que en defensa de derechos fundamentales como la dignidad, la integridad física y la vida, estas prácticas no deben permitirse. Pero el proceso de cambio es lento, pues su erradicación supone una profunda transformación social, religiosa y cultural, que debe llegar a las propias raíces culturales y a las relaciones de género. Además de su prohibición legal -que difícilmente será respetada, sobre todo, en las zonas rurales-, hay que informar de estas consecuencias sobre la salud física y psíquica de las mujeres a padres, profesores y niños, y educarlos sobre los derechos de los niños, poniendo especial esfuerzo con los líderes de las comunidades o con otras iniciativas como la ayuda económica a matronas tradicionales para que dejen su oficio y comiencen con pequeños negocios que, además, alzan el valor de la mujer en la sociedad africana<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> Podríamos clasificar la complicaciones, según WHO (1997) *Female Genital Mutilación. A joint Report WHO/UNICEF/UNFPA statement. Technical Group*, Ginebra, en:

- complicaciones inmediatas: hemorragias, tétanos (por falta de instrumental quirúrgico esterilizado y vacunación antitetánica), trauma de estructuras adyacentes (uretra, esfínter anal, paredes vaginales, etc.), infección de la herida e infección urinaria.
- complicaciones a medio plazo: anemias severas provocadas por las hemorragias, infección pélvica, dismenorrea (debido a la obstrucción del orificio vaginal en caso de la infibulación).
- complicaciones a largo plazo: infertilidad (debido a infecciones pélvicas crónicas no diagnosticadas o mal tratadas que bloquean las trompas de Falopio), continuas infecciones que producen abortos, dificultad en orinar al haber sido dañada la uretra, incontinencia urinaria y anal, formación de cálculos en la vagina, transmisión del HIV a través del sangrado de pequeñas úlceras vaginales, riesgos fetales por la prolongación de los partos, obstrucción, e incremento del riesgo de transmisión del HIV, entre otros.

<sup>337</sup> Fundación *World Visión* para erradicar la ablación. Disponible en Web: [www.worldvision.es](http://www.worldvision.es) [Consulta: 4 de febrero de 2013].

Como ya he apuntado, desde el punto de vista jurídico, en esta materia confluyen, por un lado, la universalidad de los derechos humanos y la defensa de la integridad física y moral y, por otro, el derecho, también universal, del respeto hacia las diferentes culturas. Pero pese a la existencia de otra forma de entender la salud, la reproducción y la sexualidad humana y sus implicaciones en la construcción de la identidad étnica y de género, las consecuencias que provoca esta práctica en la salud de las mujeres y las niñas y en su proceso de integración social en nuestra sociedad, impiden su aceptación.

En nuestra legislación, el derecho a la vida y a la integridad física y moral está recogido en el artículo 15 de la Constitución, y mediante él «*se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular*» (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990, de 27 de junio de 1990), de cuyo cumplimiento debe velar el Estado.

Así, el Estado español debe velar por el cumplimiento de este derecho que sirve de base para la protección de los menores que se encuentran en territorio español frente a estas prácticas, aún consentidas por sus progenitores, y que siendo propias de culturas diferentes a la nuestra vulneran este derecho e incluso, en algunos casos, el derecho a la vida de los menores sometidos a ellas.

## 2. PROTECCIÓN JURÍDICA

No hay datos de cuánto está extendida la práctica de la ablación entre la comunidad inmigrante española<sup>338</sup>, pero es un hecho que se sigue practicando, a pesar del rotundo rechazo social, estar tipificada como delito y ser objeto de las correspondientes actuaciones judiciales.

El Código penal, desde el año 2003, establece en su artículo 149.2<sup>339</sup> lo siguiente: «*El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz*».

---

<sup>338</sup> UNICEF calcula entre 100 millones y 140 millones de mujeres en todo el mundo que han sido sometidas a esta deshumanizada práctica. Disponible en Web: <http://unicef.org.spanish/protection>. [Consulta: 13 de febrero de 2011].

<sup>339</sup> Artículo modificado por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.



Muchas actuaciones judiciales han sido preventivas en cuanto intentan evitar que se produzcan situaciones en las que los menores puedan sufrir daños, aprovechando, por ejemplo, unas vacaciones familiares, y otras sancionadoras, pues se tiene conocimiento después de ocurridos los hechos.

Antes de analizarlas, quiero señalar -como luego se verá reflejado en una sentencia condenatoria- que muchos de los inmigrantes recién llegados a nuestro país desconocen que la mutilación genital femenina es una práctica prohibida en aras de proteger la integridad física de la menor. Por ello, al enjuiciar su conducta, puede estimarse el error de prohibición o error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal que excluye la responsabilidad criminal, de conformidad con el artículo 14.3 del Código penal.

### 2.1 Actuaciones judiciales preventivas

Entre las actuaciones preventivas podemos destacar el auto de la Audiencia Provincial de Girona núm. 24/2004, de 11 de febrero que prohíbe la salida del territorio español de tres hermanas menores de edad, para que acompañen a su madre al país de origen de ésta, Gambia, donde es habitual la ablación de órganos genitales a la mujer. La petición de prohibición fue instada por el Ministerio Fiscal por riesgo de mutilación genital, con base en el mencionado artículo 15 de la Constitución Española y en el artículo 158.4 del Código Civil (*«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará [...] las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios»*). La Sala, tras la valoración de la prueba, llega al convencimiento de la realidad del riesgo lesivo para las tres menores, prohibiendo su salida del territorio español.

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza en su auto núm. 274/2005, de 13 de mayo, y también con relación a la salida de dos menores a Gambia, país de origen de sus padres. Ante la sospecha de que las dos hijas menores fueran sometidas en dicho país a un proceso de ablación genital -como había ocurrido con las dos hijas mayores del matrimonio-, la Audiencia mantuvo la medida de protección adoptada por el Juzgado de instancia consistente en *«ordenar el cierre del territorio nacional para dichas menores, prohibiendo la concesión de pasaporte para las mismas»*. Recurren los padres esta medida por entender que supone una limitación de movimientos para las menores y que la prohibición de viajar a Gambia no permite a sus familiares conocer a las hijas menores del matrimonio. Para el Tribunal, la decisión recurrida es

correcta pues si bien es cierto que la medida adoptada supone una importante limitación de movimientos para las menores y que no se trata de una medida habitual, en este caso existe el riesgo de lesión basándose en la mutilación genital de las hijas mayores y en la insuficiencia de las declaraciones de los padres de haber aceptado y asumido las costumbres propias de un país occidental de tradición cristiana para obviar de forma contundente el riesgo que dio lugar a la medida impugnada. Como el conocimiento del riesgo lo fue a través de los sistemas de servicios sociales que trabajaban cerca de la familia ayudando a la integración de ciudadanos provenientes de otras culturas, la Sala matiza la medida adoptada en el sentido de que los pertinentes servicios sociales deberán seguir colaborando con dicha familia de tal forma que si desaparecen las reticencias sobre el real compromiso de los padres con los principios culturales de su nueva residencia, realizados los informes que se consideren necesarios, pueda alzarse la medida recurrida o delimitarse adecuadamente.

Para la Audiencia Provincial de Girona, (auto de 2 de julio de 2007, recurso de apelación núm. 353/2007), la decisión del Juzgado de instancia de prohibir la salida de España de tres menores al apreciar la realidad de un riesgo lesivo para ellas (mutilación genital femenina), limitando así las facultades de disposición de los padres no es –como estos alegan– una suplantación de la patria potestad. Este Tribunal razona la confirmación de la sentencia de instancia *«en el interés superior del niño como principio inspirador de las actuaciones públicas, por el que la autoridad judicial debe velar cuando los intereses de los progenitores entran en conflicto con los más dignos de protección que son los de los hijos menores, sin que ello comporte una suplantación de la patria potestad cuando se trata de la adopción de una medida que en definitiva lo que hace es limitar las facultades de disposición y gestión de los progenitores, cuando a juicio del Tribunal estas facultades se están utilizando en perjuicio de los menores»*.

Pero las medidas adoptadas han ido más allá de prohibir la salida de las menores del territorio nacional. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18), en su sentencia núm. 305/2010, de 11 de mayo confirmó la sentencia de instancia, que mantuvo la resolución administrativa en la que se declaraba en situación de desamparo preventivo a una menor con el efecto de suspensión del ejercicio de la patria potestad de la madre sobre ella. Este Tribunal justifica tal medida en que *«la entidad pública, asumiendo la tutela de la menor pretende impedir que la menor acuda a su país de origen y una vez allí, con independencia de su voluntad e incluso de la de su madre, sea sometida a una práctica que, además de atentar a su integridad corporal, puede causarle evidentes efectos psicológicos y afectar a su futura plenitud sexual»*.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 6 de octubre de 2006, en la que reconoció el derecho de la recurrente, nacional de Nigeria, a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite. La recurrente huyó de Nigeria a Lagos para evitar que su familia, antes de casarse, le practicara la ablación del clítoris, ya que su hermana y una amiga habían muerto cuando se lo practicaron. En Lagos se refugió en casa de una tía, hasta que esta se vio amenazada por la familia para que entregara a la niña. La solicitante huyó de casa de la tía y estuvo en la calle hasta que subió a un barco y llegó a España, donde solicitó asilo. Dicha solicitud se remitió al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (en adelante, ACNUR) que emitió un informe favorable a su admisión a trámite *«por no resultar [los hechos] manifiestamente inverosímiles ya que existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital»*. Pese a este informe, la Administración acordó la inadmisión a trámite, decisión que fue confirmada por la sentencia de instancia, al entender que el hecho de presentar la solicitud de asilo casi tres meses después de que la recurrente llegara a España desvirtúa la verosimilitud de su historia, *«pues la propia naturaleza de las causas de asilo y la peculiar situación en la que se encuentran los solicitantes, en las que concurre un fundado temor a sufrir persecución de las autoridades de su país de origen, demanda que este desamparo del perseguido se manifieste pidiendo la inmediata protección que dispensa la institución del asilo»*.

No lo entiende así el Tribunal Supremo para el que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos es causa de asilo<sup>340</sup>. Este Tribunal tiene declarado que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales<sup>341</sup>, y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible. Es sumamente expresivo de la situación de las mujeres en Nigeria el informe del ACNUR<sup>342</sup>, que el Tribunal recoge en su sentencia: *«Según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del*

<sup>340</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2005 (recurso núm. 2107/2002).

<sup>341</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo (recurso núm. 1836/2002), 9 de septiembre (recurso núm. 3428/2002) y 10 de noviembre de 2005 (recurso núm. 3930/2002).

<sup>342</sup> Informe también transcrito en la sentencia de la Sala de fecha 28 de febrero de 2006 (recurso núm. 725/2003).

*matrimonio no son ofensas si están permitidas por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país».*

Así las cosas, en el caso concreto que se analiza, el Tribunal entiende que el relato expuesto por la interesada al pedir el asilo expresaba una persecución protegible y, por tanto, merecedora de la admisión a trámite de la solicitud. Entra después a valorar el transcurso de algo menos de tres meses que tardó en presentar la solicitud desde que llegó a España y concluye que tal retraso no fue especialmente relevante, atendidas las circunstancias personales de la solicitante: *«es una mujer de escasa formación que llegó a Valencia (según relata) en un barco como polizón junto con otras veinte personas y que razonablemente podía sentir temor o reparo en comparecer ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad españolas y explicar las razones de persecución por razón de sexo por las que había huido de su país. Por otra parte pidió asilo por su propia iniciativa, sin que hubiera sido identificada o detenida antes por las Fuerzas de Seguridad españolas ni se hubiera incoado contra ella ningún expediente por razón de su estancia ilegal en España».*

Posteriormente, en la sentencia de 11 de mayo de 2009, el Tribunal Supremo también concede el asilo a una mujer que había huido de Nigeria para apartarse de un contexto familiar y social en el que, como paso previo para un matrimonio no deseado, se le había obligado a someterse a la ablación genital, por existir indicios de que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone esas prácticas (FJ 7º).

No obstante, el marcado carácter casuístico de esta materia permite encontrar también el supuesto contrario, en el que el Tribunal Supremo entiende justificada la denegación de asilo a una mujer que decía proceder de Nigeria y que expuso como motivo de asilo la huida de este país ante la presión familiar para casarla a la fuerza, siendo paso previo para ello el tener que practicarle la ablación del clitoris. Es el caso de la sentencia de 4 de julio de 2008, en la que, tras razonar que la recurrente *«nada útil dice para rebatir las apreciaciones coincidentes de la Administración y la Sala de instancia acerca de la inverosimilitud que se imputa a ese relato justamente por las dudas sobre su verdadera identidad»*, no habiendo hecho tampoco *«la recurrente en casación ningún esfuerzo por clarificar*

*las incoherencias y contradicciones que fluyen de su relato, asimismo resaltadas de forma coincidente por la Administración y por el Tribunal a quo», se concluye lo siguiente: «En definitiva, la actora se limita a decir que procede de Nigeria y que la quisieron someter a una práctica, la de la ablación del clítoris, frente a la que las mujeres de Nigeria están desprotegidas, pero no estando acreditada esa nacionalidad, y siendo su relato impreciso y contradictorio, además de carente de la menor prueba (ni siquiera indiciaria) que lo respalde, es claro que el recurso no puede prosperar, pues aun cuando el "temor a ser perseguido" es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Siendo, pues, el temor una realidad puramente subjetiva, y, por lo tanto, de difícil demostración, el problema se traslada al ámbito objetivo de los hechos en que aquél tiene su origen, y esos hechos son los que no han quedado mínimamente acreditados en este caso».*

## 2.2 Sentencias condenatorias

Por otro lado, existen también sentencias condenatorias de las que voy a analizar solo, por su especial interés, la dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, Sala de lo Penal, el 15 de noviembre de 2011 (sentencia núm. 26/2011) dictada en el sumario seguido por un delito de lesiones, mutilación genital, del artículo 149.2 del Código. En ella se condenó al padre de una menor como autor responsable de dicho delito a la pena de seis años de prisión, y a la madre, como autora del mismo pero apreciando un error de prohibición vencible, a la pena de dos años de prisión. La sentencia declarada probado que los condenados, ambos de Gambia, puestos de común acuerdo bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin, extirparon el clítoris de su hija de pocos meses de edad motivados por sus creencias religiosas y culturales, conociendo el padre la prohibición de esta práctica en España, pues llevaba residiendo más de diez años, no así la madre y de ahí la apreciación del error de prohibición vencible. Como consecuencia de estos hechos la menor resultó con lesiones consistentes *«en amputación de clítoris con cicatriz lineal con secuelas en su capacidad sexual, no imposibilitando la relación sexual pero sí alterando el placer sexual»*. El Tribunal entiende subsumibles los hechos en el artículo 149.2 del Código Penal que castiga al que *«causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones»*, considerándose como tal *«la amputación del clítoris según informe del Médico Forense obrante en las actuaciones, que no imposibilita a la mujer la relación sexual pero sí altera su placer sexual»*. La sentencia recoge en su fundamentación

muchas de las cosas ya dichas sobre esta práctica: *«La ablación del clítoris persigue controlar la sexualidad de la mujer y, además de la peligrosidad que conlleva pues las condiciones en que se practica no suelen ser higiénicas, las afectadas padecen secuelas durante toda su vida: además del trauma, infecciones vaginales, lesiones renales, depresión, ansiedad, tumores, impidiendo todo tipo de gozo sexual y provocando dolor, en ocasiones extremo, en el momento de la penetración y el parto. Resulta evidente que para la sociedad española la ablación del clítoris supone una de las prácticas más detestables que puede realizar una sociedad contra sus niñas pues va en contra de la dignidad de las mujeres y de sus derechos como persona.»*

El Tribunal entiende que solo el «peso de la tradición» referido por el letrado de los acusados es insuficiente para fundar la exención de responsabilidad. Hay que tener presente el artículo 3.2 de la Ley de extranjería, que dispone: *«Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas».*

En consecuencia, estas prácticas no son *«los valores culturales de las sociedades que practican la mutilación genital femenina»*, pues *«transmiten a sus mujeres que cualquier mujer que no haya pasado por esta "purificación" (la amputación del clítoris implica para ellos "limpieza" y "pureza"), no es útil para el matrimonio y no tiene ninguna posibilidad de inserción normal en su sociedad de origen o en los grupos más o menos numerosos de compatriotas que se forman en el país de residencia»*, de forma que los actos que conlleven estas mutilaciones son penados y castigados.

Y en concreto, sobre la mutilación general femenina, la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, señala que *«El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su*

*artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres».*

Y con el fin de evitar que quedaran sin castigo las mutilaciones realizadas fuera del territorio nacional, por ejemplo aprovechando unas vacaciones, la Ley Orgánica 3/2005 mencionada añade un nuevo epígrafe al apartado 4 del artículo 23 de dicha Ley en el que se establece que *«Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley Penal Española, como alguno de los siguientes delitos: [...] g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España [...]».*

En la Exposición de Motivos de esta ley se recoge que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas. El dato es tan alarmante que con esta ley se pretende posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país.

## **F. EL DERECHO AL MATRIMONIO Y A ELEGIR CÓNYUGE. LOS MATRIMONIOS FORZADOS DE MENORES**

En la actualidad, en la mayoría de las legislaciones del mundo occidental y en la legislación canónica, el derecho a contraer matrimonio y la elección del cónyuge se basan en la libertad personal y no en cuestiones políticas y económicas como venía ocurriendo desde la Edad Media. La libertad para contraer matrimonio, esto es, la libertad en la manifestación del consentimiento sin violencia física o psíquica y para elegir el esposo o la esposa, es un principio esencial para la validez del mismo.

Cuando falta esa libertad y el consentimiento se presta bajo coacción o miedo estamos ante un matrimonio forzado, nulo por vicio de consentimiento, cuya declaración de nulidad puede instar el cónyuge que hubiera sufrido la coacción o el miedo, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella.

Si es un menor el que participa en un matrimonio forzado, la petición de nulidad del consentimiento prestado por falta de edad corresponde a sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, al Ministerio Fiscal. Al llegar a la mayoría de edad, sólo podrá ejercer la acción de nulidad el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla. Esa posibilidad suele ser desconocida por la mayoría de las niñas que se ven forzadas a contraer matrimonio por sus familiares.

Este tipo de matrimonio es frecuente en países de África y del Sudeste asiático, sobre todo en las áreas rurales y pobres, y afecta mayoritariamente a las niñas. En la mayoría de los casos de menores forzados al matrimonio, son los propios padres, tutores o cuidadores los que empujan a las niñas a contraerlo, pues los matrimonios forzados forman parte de su tradición, religión o cultura. También de la pobreza.

La pobreza es uno de los factores causantes de estos matrimonios porque los padres suelen casar a sus hijas con un varón bastante mayor que ellas para obtener beneficios económicos. Pero sobre todo, la tradición, en relación a ciertas ideas de moralidad y honor, promueve estos matrimonios ya que el alto valor que se le da a la virginidad conduce a ellos para mantener el honor de la familia. BRIONES MARTINEZ<sup>343</sup> recoge que *«es una vergüenza para la familia que las hijas no sean vírgenes cuando se casan, de ahí que aseguren la virginidad casándolas a temprana edad, y normalmente con un hombre mayor, bajo la percepción de que actuará como guardián para evitar un comportamiento inmoral o inapropiado»*.

Incluso en algunas comunidades, hay conexión entre las mutilaciones genitales y los matrimonios forzados, de forma que, cuando llegan a la pubertad, primero mutilan a las niñas y luego las casan.

Las consecuencias de los matrimonios forzados de menores son muchas y muy graves: perjudican el bienestar, la dignidad, el desarrollo normal y el crecimiento de la niña, además de tener efectos sobre su salud, pues no están preparadas ni física ni psicológicamente para la actividad sexual o la maternidad durante la adolescencia.

Por ello, todas las declaraciones de derechos internacionales establecen el derecho al matrimonio a partir de la edad núbil y en España -como en la mayoría de las legislaciones europeas- se fija a partir de los dieciocho años,

---

<sup>343</sup> BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. “Los matrimonios forzados en Europa. Especial referencia a Francia, Dinamarca, El Reino Unido, Alemania y Noruega”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 20.



tanto a hombres como a mujeres, pues aunque después de esa edad puedan celebrarse matrimonios forzados, las consecuencias antes mencionadas no son tan severas y se está capacitado para instar el fin de ese matrimonio mediante la acción de nulidad.

En Europa, la práctica de matrimonios forzados no tiene el alcance que en África o en Asia, aunque puede estar presente debido a la inmigración. Aunque no por razones religiosas, en nuestro país este tipo de matrimonio puede darse dentro de las comunidades de raza gitana, por lo que me refiero a él a continuación.

En Europa viven diez millones de gitanos, constituyendo la principal minoría europea. Unos ocho millones en Europa del Este y el resto por diferentes países de la Unión Europea. En España viven en torno a seiscientos mil, por cuyos intereses vela la Unión Romani, que es una organización no gubernamental dedicada a la defensa de la comunidad gitana, dirigida por los propios gitanos y estructurada como una federación de asociaciones gitanas de toda España.

El matrimonio gitano, pese al arraigo socio-cultural que esta etnia tiene en nuestro país, es ignorado en la legislación española. La Comunidad gitana tiene sus propios valores establecidos y arraigados en la sociedad española. En dicha comunidad se permite que los propios interesados elijan a su consorte, pero suelen contraer matrimonio con personas del mismo linaje o clan, incluso de la misma familia, autorizadas por sus padres. Según MUSOLES CUBEDO<sup>344</sup>, hasta la década de los años cincuenta acostumbraban a ser los padres o *dadé* los que concertaban la boda de sus hijos. Actualmente son los propios interesados los que comunican a sus padres su elección y éstos lo autorizan. Si no consiguen el consentimiento de los padres, es frecuente que se recurra al rapto de la novia y en algunos casos la pareja desaparece hasta que vuelve con descendencia esperando ser aceptados por la familia o por el patriarca del clan.

Los gitanos contraen matrimonio cuando alcanzan la pubertad, aunque no tengan la mayoría de edad y se exige la virginidad de la mujer que se verifica con una prueba específica que se realiza en casa del padre de la novia<sup>345</sup>.

En cuanto a la forma del matrimonio gitano, no hay celebración civil ni religiosa, así que, de acuerdo con nuestro Código Civil, este tipo de

---

<sup>344</sup> MUSOLES CUBEDO, María Cruz. “El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007”. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico*. 2008, núm. 16.

<sup>345</sup> Vid. sobre este tema FELIX BALLESTA, María Ángeles. “Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil”. *Revista Jurídica de Cataluña*. 2003, núm. 2, pp. 88 y 89.

matrimonio no produce efectos civiles, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al estado civil de las personas y la inscripción de los matrimonios en el Registro Civil.

Un ejemplo de esas consecuencias fue la negativa al derecho de la pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano, ya que, según la legislación española, no se reconocía validez a su matrimonio. La sentencia núm. 217/2002, de 30 de mayo, del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid, con base en el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los españoles por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, le concedió la pensión de viudedad que el Instituto Nacional de la Seguridad Social le había negado.

La Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social recurrieron ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó sentencia el 7 de noviembre de 2002 (sentencia núm. 637/2002) anulando el derecho a la pensión con base en lo siguiente: *«El matrimonio, pues, para que produzca efectos civiles, sólo podrá ser el contraído de forma civil o religiosa en los términos ya expresados, y el matrimonio gitano no participa, en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo el art. 174 de la LGSS la condición de «cónyuge» del causante al beneficiario/a de la pensión de viudedad, término interpretado en sentido estricto por una jurisprudencia constitucional y ordinaria tan reiterada como conocida -a pesar de voces discrepantes- que, por ello, excusa su cita, y conforme a la cual han quedado excluidas de la prestación las parejas de hecho, y cuantos, en definitiva, no han contraído matrimonio conforme a la legalidad aplicable».*

Presentado por la viuda recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 69/2007, de 16 de abril de 2007, señala que *«en cuanto el legislador no desarrolle una regulación legal en la que se establezcan las condiciones materiales y formales para que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos puedan contar con plenos efectos civiles matrimoniales, no se puede establecer que la negativa a conceder la pensión de viudedad en este tipo de casos suponga un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales».*

La demandante acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictó sentencia el 8 de diciembre de 2009 (Caso Muñoz Díaz contra España). Alegaba violación por el Estado español del artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación), en relación con los artículos 1

del Protocolo núm. 1 al Convenio (derecho al respeto de los bienes, que incluye prestaciones sociales) y 12 del Convenio (derecho a casarse y a fundar una familia), por el rechazo a concederle una pensión de viudedad a causa de que su matrimonio celebrado según el rito gitano estaba desprovisto de efectos civiles.

Intervino en el proceso la Unión Romaní, en calidad de *amicus curiae*, que explicó que el matrimonio gitano existe desde que una mujer y un hombre expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de formar una familia, que es el fundamento de la comunidad gitana.

La demandante sostiene que creía de buena fe que el matrimonio celebrado conforme a los ritos y tradiciones gitanos conllevaba todos los efectos propios de esta institución. Además, las autoridades le habían expedido diversos documentos oficiales acreditativos de su condición de esposa: un libro de familia, el reconocimiento del status de familia numerosa, y la asistencia sanitaria para ella y sus seis hijos. Para el Tribunal, el rechazo a reconocer la condición de cónyuge a la demandante a los fines de la obtención de la pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de dicha condición por las autoridades. Además, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales ratificado por España el 1 de septiembre de 1995 (y que entro en vigor el 1 de febrero de 1999), los Estados parte se obligan a tener en cuenta debidamente las condiciones particulares de las personas pertenecientes a minorías nacionales.

Por todo ello, el Tribunal considera que el rechazo a reconocer el derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación con el tratamiento dado, por la ley o por la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como la creencia de buena fe en la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, o la situación examinada en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 199/2004, de 15 de noviembre, sobre la ausencia de formalización, por motivos de conciencia, de un matrimonio canónico) y concluye que ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo num. 1.

Sobre la violación alegada del artículo 14 en relación con el artículo 12, ambos del Convenio, la demandante *«se queja de la ausencia en España de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano -el único con efectos erga omnes en el seno de su comunidad- aún cuando esta minoría está arraigada en España desde hace al menos quinientos años, lo que vulnera su derecho al matrimonio»*. El gobierno español sostiene que nada

impidió a la demandante casarse civilmente y que los artículos invocados no pueden interpretarse como una obligación de trato de igualdad, por un lado, a los matrimonios que respeten las formalidades establecidas y, por otro, a cualquier otra unión en la que dichas formalidades no han sido respetadas. La Unión Romaní apela al carácter definitivo del consentimiento prestado en el matrimonio gitano y solicita el reconocimiento por parte del Estado de la validez de sus ritos, como respeto a sus tradiciones, herencia e identidad cultural.

El Tribunal recuerda que el artículo 12 del Convenio garantiza el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, de casarse y fundar una familia. Observa que el matrimonio civil en España, en su redacción vigente desde 1981, está abierto a todos, y estima que su reglamentación no implica discriminación por motivos de orden religioso y otros. Es cierto que en derecho español se admiten ciertas formas religiosas de prestación de consentimiento, pero estas se reconocen en virtud de acuerdos alcanzados entre el Estado y distintas Confesiones y, por tanto, producen los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas (religiosas o tradicionales) no se reconocen. El Tribunal constata sin embargo que se trata de *«una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no pertinente en el caso de la comunidad gitana. Pero esta diferencia no impide o prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a la comunidad gitana, y responde a motivos que el legislador debe tomar en consideración, y que derivan, como subraya el Gobierno, de su margen de apreciación»*. Por ello, el Tribunal concluye que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14.

Aunque la cuestión referente a si el legislador debe o no reconocer efectos civiles a los matrimonios contraídos conforme a los ritos y usos gitanos es una cuestión que podría ser objeto de otro estudio, quiero indicar que, en la actualidad, el sistema matrimonial español solo otorga efectos civiles a dos formas de contraer matrimonio: la civil y la religiosa legalmente prevista en los respectivos acuerdos de cooperación con la Iglesia Católica, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica. De esta forma, los gitanos españoles pueden contraer libremente por cualquier de ellas. Si se optara por el reconocimiento legal del matrimonio gitano, que ampliaría el actual sistema matrimonial, debería hacerse mediante una ley del Estado, ya que esta materia es competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con los artículos 32 y 149.1.8ª de la Constitución. Esta ley debería

salvar los problemas de ajuste al ordenamiento actual de materias como, la falta de documentos escritos de la cultura gitana; el estado de habilidad y capacidad de los contrayentes, en cuanto que se admite que puedan contraer matrimonio al alcanzar la pubertad y que las gitanas lo hagan con quienes desean sus padres, aún en contra de su voluntad; la comprobación de la virginidad de la mujer gitana, que puede considerarse un rito contrario a su dignidad; la falta de registros propios; y la jurisdicción aplicable en los supuestos de crisis matrimoniales.

## **G. LOS NUEVOS SUJETOS MIGRATORIOS: LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**

Voy a referirme ahora a la situación de los menores extranjeros no acompañados que, tras salir de su país de origen, llegan a España sin estar identificados y sin nadie que les represente legalmente, lo que provoca la intervención de los poderes públicos para su protección.

En los últimos años cada vez es mayor la existencia de menores de edad no acompañados en los grupos de inmigrantes que llegan a nuestro territorio de forma ilegal<sup>346</sup> poniendo de manifiesto la gravedad de los problemas en sus países de origen, la desesperación que han de sentir y sus esperanzas de llevar una vida mejor fuera y, así, poder ayudar a sus familias. No es un fenómeno que se esté dando solo en España, sino que se está produciendo en toda Europa, pues, como afirma la antropóloga JIMÉNEZ ALVAREZ<sup>347</sup>, *«no es en absoluto un fenómeno específicamente español, ni tampoco una realidad solo presente en algunos Estados, sino que estamos ante un hecho europeo, una realidad presente en el conjunto de Europa, si bien con procesos y circunstancias muy diferenciados»*.

### **1. ESTATUTO DE PROTECCIÓN**

Los menores extranjeros no acompañados e indocumentados que entran ilegalmente en nuestro país se encuentran en una situación de desprotección y desarraigo familiar, cultural y social. De aquí la necesidad de que el sistema de protección articulado por la normativa internacional y nacional funcione adecuadamente. Dichos menores están amparados por las normas nacionales e internacionales de protección a la infancia ya que, como veremos más adelante, prima su condición de menores sobre la de su

---

<sup>346</sup> Sobre todo los que cruzan el Mediterráneo en cayucos intentando pasar de África a Europa, siendo una constante en las costas de Canarias y Andalucía.

<sup>347</sup> JIMÉNEZ ALVÁREZ, Mercedes. «Menores en las fronteras. Informe de SOS RACISMO Y Colectivo Al Jaima». Disponible en Web: <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/vsym/12pdf>. [Consulta: 7 de octubre de 2010].

origen nacional y su condición de inmigrantes ilegales: la protección de los derechos de la infancia es universal y los menores deben ser protegidos en cualquier país del mundo independientemente de su nacionalidad.

Nuestra Constitución establece en su artículo 39.4 que «*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*»; protección que deriva del reconocimiento de la dignidad y de los derechos iguales e inalienables de todas las personas proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reforzada por la necesidad de proporcionar al niño, en cuanto ser humano en formación, unos cuidados y asistencia especiales, tal y como se concreta esencialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño y, en nuestro derecho interno, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Pero, ¿qué ha de entenderse por «menores no acompañados»? En un documento conjunto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) y la Organización “Save the Children” sobre niños no acompañados (2004)<sup>348</sup>, con valor de Declaración de Buenas Prácticas, se definen como «*niños y niñas menores de 18 años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o cuidador habitual*».

Por su parte, el Consejo de Europa, en su Resolución de 26 de junio de 1997<sup>349</sup> relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, ya establecía en su artículo 1 que se denominarán «menores no acompañados»:

- Los menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados por un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, y

- Los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.

La Ley de extranjería no contiene una definición de menores extranjeros no acompañados, siendo su Reglamento, en el artículo 189, el que dispone que será el «*extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio*

<sup>348</sup> Disponible en Web: <http://www.acnur.org7biblioteca/pdf/3559.pdf>. [Consulta: 4 de junio de 2012].

<sup>349</sup> Diario Oficial núm. C221, de 19 de julio de 1997.

*español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal (sic) adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación».*

Estos menores serán protegidos en cualquiera de los Estados parte en los que se encuentren -sin poder hacer distinción ninguna por razón del lugar de su nacimiento- de conformidad con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.

La citada Convención sobre los Derechos del Niño establece que «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad», debiendo los Estados parte respetar sus derechos y aplicarlos a cada niño sujeto a su jurisdicción, «independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el **origen nacional**, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales» (artículos 1 y 2).

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el artículo 21 dispone: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón del sexo, raza, color, **orígenes** étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad y orientación sexual».

Por lo que se refiere al derecho interno español, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, Ley del Menor) se aplicará a todos aquellos menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español (sin distinción, pues, de su origen nacional), salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

En el mismo sentido, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, reguladora de las garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid -lugar de presentación de esta tesis-, tampoco establece ningún tipo de diferencias por el lugar de nacimiento, y pretende asegurar a los

menores que se encuentren en el territorio de la Comunidad de Madrid el ejercicio de los derechos que a los menores reconocen la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y el ordenamiento jurídico en su conjunto, eliminando en la actuación de las Administraciones Públicas *«cualquier forma de discriminación en razón del nacimiento, sexo, color, raza, religión, **origen nacional**, étnico o social, idioma, opinión, impedimentos físicos, condiciones sociales, económicas o personales de los menores o sus familias o cualquier otra circunstancia discriminatoria»*.

En definitiva, de los distintos textos legales analizados se desprende que los Estados deben procurar una protección a los menores sin distinción alguna y velar por los menores extranjeros no acompañados de la misma forma que si se tratara de menores nacionales. De aquí que, si se encuentra un menor extranjero no acompañado en situación irregular en España, prima su condición de menor, con toda la protección que ello conlleva, sobre su situación de inmigrante ilegal.

### 1.1 Régimen legal de protección de los menores no acompañados

Toda la legislación relativa a menores tiene un principio rector, recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dice así: *«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**»*. Por su parte, el artículo 2 de la Ley del Menor dispone que: *«En aplicación de la presente Ley **primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir**. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.»*

El Tribunal Constitucional recoge en su auto 28/2001, de 1 de febrero, que el interés superior del menor es *«en último término, [...] norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español»*.

Y en garantía de ese interés superior se regula un procedimiento de actuación en relación con los menores extranjeros no acompañados, de



forma que -como establece la mencionada Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no acompañados en Europa del 2004 del ACNUR y la Organización «*Save the Children*»-, un menor no acompañado sólo puede ser devuelto a su país de origen si se considera que la devolución se hace en garantía de su interés superior, pues todas las demás consideraciones, entre ellas, la lucha contra la inmigración ilegal, son secundarias respecto a este principio.

El procedimiento para la identificación y protección de los menores no acompañados está regulado en el artículo 35 de la Ley de extranjería y en los artículos 189 y siguientes de su Reglamento, que a continuación analizo:

#### **A. Acuerdos de colaboración con los países de origen de los inmigrantes.**

Como medida preventiva a fin de evitar la inmigración ilegal de menores, el Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos y además podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos.

#### **B. Localización de un menor extranjero no acompañado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Determinación de la edad.**

En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, lo pondrán a disposición de los servicios competentes de protección de menores, que le darán la atención inmediata que precise.

La situación de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados se equipara a una situación de desamparo y, como dispone el artículo 172 del Código Civil, la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley su

tutela y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En este punto hay que tener presente el artículo 35.11 de la Ley de extranjería, que dispone que la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados. Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a su atención.

Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor. A tales efectos, deberá dirigirse al juzgado que resulte competente en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela.

Asumida la tutela por la entidad pública correspondiente, de conformidad con el artículo 35 de la Ley de Extranjería, esta iniciará las gestiones para que el menor esté donde mejor se salvaguarde su interés superior.

### B.1 La determinación de la edad

La primera cuestión jurídicamente relevante que se plantea en relación con los menores no acompañados es la comprobación efectiva de su minoría de edad, toda vez que su condición de menor unida a la ausencia de las personas responsables de su cuidado determina la preceptiva declaración de desamparo y la subsiguiente asunción de la tutela por la Administración siempre que no se encuentre emancipado<sup>350</sup>.

En este punto hay que precisar que la determinación del concepto de menor de edad no es igual en todas las legislaciones de los países de origen de los menores inmigrantes. Nuestro Código Civil prevé en su artículo 9.1 que la mayoría de edad se rige, en todo caso, por la ley personal del sujeto y, para los españoles, empieza a los dieciocho años cumplidos (artículo 315 del Código Civil). En la legislación de diversos países también se fija

---

<sup>350</sup> También, cuando se trate de un extranjero indocumentado que haya cometido una infracción penal y cuya edad no resulte determinada, corresponde al Juez de instrucción la práctica de las diligencias necesarias para la determinación de la edad y si, practicadas estas, se trata de un extranjero menor de edad deberá acordar su inhibición a la Fiscalía de Menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad penal de los menores y en los artículos 375 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

con carácter general la mayoría de edad a partir de los dieciocho años, pero puede ocurrir que a un ciudadano extranjero su legislación le otorgue la mayoría de edad a una edad distinta.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, admitiendo la dificultad de conocer las excepciones de algunas legislaciones respecto de la norma general que fija la mayoría de edad en los dieciocho años, recuerda que la carga de probar el contenido y la vigencia del Derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (artículo 12.6 Código Civil), por lo que se puede establecer con carácter general la presunción «*iuris tantum*» de que es menor todo extranjero que no haya cumplido los dieciochos años y «*en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo menor a todos los efectos*».

Sentado lo anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pondrán a disposición de los servicios de protección de menores competentes y en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal al extranjero presuntamente menor de edad<sup>351</sup> no acompañado, y el Ministerio Fiscal deberá incoar unas diligencias en las que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad.

(También los Fiscales deberán autorizar la práctica de la prueba sanitaria para determinar la edad del inmigrante, cuando la documentación aportada por este presente indicios de falsedad, así como si existen dudas sobre si el extranjero ha alcanzado los dieciocho años. Por otro lado, no será urgente la práctica de las diligencias de prueba cuando el menor extranjero indocumentado sea por sus características indubitadamente menor de edad, sin perjuicio de las ulteriores gestiones para determinar la concreta edad del menor a practicar por su tutor legal).

Para la determinación de la edad, el Ministerio Fiscal contará con la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas que realizarán las pruebas necesarias. No dice nada la ley de cuáles han de ser dichas instituciones sanitarias, lo que permite en cada lugar acudir al centro médico mas idóneo para realizarlas. Como las pruebas generalmente son radiológicas, se aconseja un centro sanitario que disponga de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día (Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado,

---

<sup>351</sup> La noticia le puede llegar de varias formas: por el atestado entregado por la policía en las dependencias de la Fiscalía por cualquier medio de recepción: a través de una comparecencia de los citados agentes quienes de forma física se personan en las dependencias judiciales o por una llamada telefónica de la que se deja constancia con una diligencia de comunicación.

acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

Estas actuaciones tendentes a determinar la edad de un extranjero indocumentado están íntimamente relacionadas con las encaminadas a determinar su identidad. Para facilitarlas, se ha previsto la creación en la Dirección General de la Policía de un «*Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo a efectos puramente identificadores*»<sup>352</sup>. La consulta de este Registro permitiría conocer la edad del menor si en él consta el resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense. Si consta, no será necesaria la realización de la prueba, salvo razones excepcionales que lo aconsejen.

## B.2 Pruebas médicas para determinar la edad

Si el menor está indocumentado y no consta en el Registro citado, su edad se determina mediante un examen médico-forense que consiste en las siguientes exploraciones<sup>353</sup>:

a) Examen físico consistente en la obtención de medidas antropométricas (peso, talla, índice de masa corporal y tipo constitucional); la inspección de signos de madurez sexual; y el reconocimiento para descartar cuadros patológicos que puedan alterar el desarrollo madurativo.

---

<sup>352</sup> Según el artículo 215 del Reglamento de Extranjería, en dicho Registro constará:

- a) Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.
- b) Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor.
- c) Su impresión decadal, datos fisonómicos y otros datos biométricos.
- d) Fotografía.
- e) Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto.
- f) Centro de acogida o lugar de residencia.
- g) Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle.
- h) Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.
- i) Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.
- j) Fecha de solicitud de la autorización de residencia.
- k) Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.
- l) Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

<sup>353</sup> Se trata de las recomendaciones del “Grupo de Estudio sobre Estimación Forense de la Edad (AGFAD)” que fue fundado en el Instituto de Medicina Legal de Berlín, en marzo de 2000, con el objetivo de obtener un consenso entre científicos acerca de utilizar los métodos más apropiados en situaciones específicas y realizar unas recomendaciones sobre la estimación forense de la edad.

b) Pruebas oseométricas<sup>354</sup>. La radiología simple de la mano y de la muñeca izquierdas para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de *Greulich y Pyle*, es la prueba que más se utiliza<sup>355</sup>. Este método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de *Greulich y Pyle*, esto es, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica. Hay que tener en cuenta que los estándares radiológicos para la estimación forense de la edad pueden ser aplicados a grupos étnicos que difieran de la población de referencia (en este método, niños estadounidenses de clase social alta, de ambos sexos, y con edades entre 0 y 19 años) y que la edad ósea se halla afectada por el desarrollo socio-económico de una población determinada. De esta forma, la aplicación de estándares radiológicos en el menor extranjero no acompañados cuya edad se trata de determinar y que tiene una situación socio-económica mucho más baja que la población de referencia debe llevar a una estimación a la baja de su edad cronológica.

---

<sup>354</sup> La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados normalmente consiste en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada con un modelo preestablecido, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos.

Como dice la sentencia de 4 de mayo de 2010, del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, el método que cuenta con más difusión es el *Greulich y Pyle*, aunque también se utilizan otros similares.

Según REVERTE COMA, en dicho método de *Greulich y Pyle*, el conocimiento del momento en que las epífisis se funden con las diáfisis en momentos determinados de la evolución esquelética permite llegar a la determinación de la edad en adolescentes y jóvenes preadultos con gran precisión. La soldadura de las epífisis con las diáfisis se realiza progresivamente a partir del centro del disco cartilaginoso que los separa. Así, el codo y el acetábulo se fusionan a los 13 años en las hembras y a los 14 y medio a 15 y medio en los varones. La mayoría de las falanges y metacarpianos se fusionan de los 14 a los 16 años y los metatarsianos de los 14 y medio a los 15 y medio. Las epífisis de los tobillos se fusionan de los 15 a 16 años, las de la muñeca de los 16 a 18 años. La cadera a los 17 años y medio en ambos sexos, la rodilla a los 19 y medio a 20 y la clavícula a los 24-25 años, pudiendo permanecer abiertas en estas edades para hembras y varones respectivamente. REVERTE COMA, José M<sup>a</sup>. *Antropología Forense*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991.

<sup>355</sup> PUJOL ROBINAT, Amadeo. «Valoración medico-forense de la edad. Revisión y aspectos actuales». *Cuadernos digitales de Formación*. 2009, núm. 19.

Otro de los métodos más utilizados, sobre todo en países europeos, es el método descrito por J.M. TAÑER y R. WHITEHOUSE (sistema TW o TW2), en el cual cada hueso (se valoran otros huesos además de los de la mano) es comparado separadamente con su estándar y la puntuación total obtenida de la serie de huesos se valora utilizando un método matemático. De esta forma, a la radiografía se le da una puntuación de maduración esquelética. Esta puntuación varía de 0 a 100 y puede ser analizada exactamente igual que el peso o la talla. Así se pueden establecer percentiles para la población normal igual que para la altura y, como sucede con ésta, los percentiles varían de unas poblaciones a otras. Por ello, la puntuación final ha de compararse con tablas específicas para cada población a fin de estimar indirectamente la edad ósea.

En España también existe un método de valoración de la edad ósea publicado por el Profesor Manuel HERNÁNDEZ y colaboradores: *Maduración ósea y predicción de Talla. Atlas y métodos numéricos*. En un solo volumen reúne un atlas de maduración ósea, un método numérico de la maduración ósea de la mano basado en el de TW2, pero con la valoración sólo de la muñeca y de la mano, y un método original (SHS) para valorar la maduración ósea durante los dos primeros años de vida.

c) Estudios de dentición: la determinación de la edad del sujeto infantil mediante un examen de los dientes es relativamente sencilla atendido el orden de aparición de los dientes de leche y posteriormente de los permanentes. Y ello dentro de la variabilidad que puede existir dependiendo de la raza, dieta, factores metabólicos o endocrinos, o sexo, todo lo cual puede influir. Estos estudios pueden orientar sobre la edad del caso con cierta precisión hasta los quince años <sup>356</sup>.

Los datos obtenidos de las anteriores exploraciones permiten establecer como la más probable una determinada edad, pero ninguna es capaz de determinarla con total exactitud, pues se trata de técnicas que realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos fijan en dos años arriba o abajo.

En caso de duda a la hora de fijar la edad de una persona extranjera, deberá tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas, sin olvidar que durante el tiempo que duren las mismas el extranjero deberá ser tratado a todos los efectos como menor de edad<sup>357</sup>. Así lo recoge el artículo 190.4 del Reglamento de extranjería: *«En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de esta es inferior a los dieciocho años»*.

Una vez practicadas las oportunas pruebas conducentes a la determinación de la edad, el Ministerio Fiscal dictará una resolución motivada con forma de Decreto en la que determinará si la persona afectada debe considerarse menor de edad y, en consecuencia, quedar a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle (artículo 35.4 de la Ley de extranjería). Este Decreto habrá de concretar la edad del menor de forma aproximativa, tendrá carácter provisional, de modo que deje abierta la posibilidad de que el juez autorice la práctica de pruebas complementarias en el curso de

---

<sup>356</sup> Por su parte, en la dentición madura, la edad se calcula basándose en el espesor del cemento, el tamaño de la cavidad pulpar, el grado de abrasión dental y el estado de los tejidos vecinos. El método ideado por GUSTAFSON (1950), método matemático basado en los cambios regresivos que sufre el diente para determinar su edad, es muy utilizado en antropología física y forense, y según su creador el error medio por este procedimiento es de tres a seis años. REVERTE COMA, José M. *Antropología Forense...*, cit.

<sup>357</sup> Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, entre otras, sentencia núm. 202/2010, de 4 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid.

cualquier procedimiento ulterior en el que se discuta la edad del menor<sup>358</sup>, y se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 del Reglamento de extranjería.

### B.3. Legalidad de las pruebas

Una última cuestión en torno a la determinación de la edad es la referente a la posibilidad o no de practicar las correspondientes pruebas en caso de negativa del extranjero a someterse a ellas. La sentencia del Tribunal Constitucional 35/1996, de 11 de marzo, admite la práctica de pruebas radiológicas sin contar con el consentimiento del afectado, por entender que con ellas no se vulnera el derecho a la integridad física, debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de exposición. Esta sentencia resuelve el caso de un recluso al que la Administración penitenciaria ordenó que se le practicara una prueba radiológica en contra de su voluntad. Destaca que lo primero que hay que tener presente es la naturaleza de relación especial de sujeción entre las personas reclusas y la Administración penitenciaria y para justificar una medida que limita un derecho constitucional debe constatarse -dice el Tribunal Constitucional- que tal medida sea *«necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso»*.

Llevadas estas reflexiones a los menores extranjeros no acompañados, pues ni la Ley ni el Reglamento de extranjería dicen nada al respecto, considero que pese a la oposición del afectado pueden adoptarse tales pruebas radiológicas (las pruebas de dentición y madurez no crean conflicto) porque no vulneran su derecho a la integridad física. Primero porque puede entenderse que se da también entre ellos y la Administración una relación de especial sujeción en cuanto que son asistidos desde su localización, se ponen a su disposición recursos del Estado y, en caso de que de las mismas resulte su minoría de edad, los menores quedan bajo la protección de las Administraciones Autónomas correspondientes. Y segundo, porque se trata de pruebas practicadas por personas cualificadas y que no suponen un riesgo para la salud.

Lo expuesto respeta las exigencias recogidas en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 207/1996 (Sala Primera), de 16 de diciembre,

---

<sup>358</sup> Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

para practicar pruebas que supongan una intervención corporal, que son las siguientes:

a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994).

b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (artículos 10.1 y 15 CE).

### **C. Procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado**

Fijada la minoría de edad, cuando el menor extranjero no acompañado se encuentra en los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, la Administración del Estado inicia un procedimiento para resolver lo que proceda sobre el retorno a su país de origen (con sus familiares o para ser tutelado por las instituciones), al país donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

Esto es, la tramitación del expediente administrativo tiene como finalidad que se adopte una de estas dos medidas:

a) la repatriación del menor a efectos de reagrupación familiar a su país de origen o al país donde se encuentren sus familiares o, subsidiariamente, la tutela por los servicios de protección de menores de su país de origen o,

b) su permanencia en España.

#### **C.1 Órgano competente**



La Ley de extranjería dispone que la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática de su país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación.

La Administración General del Estado será, pues, competente para la tramitación del mencionado expediente administrativo, así como los posteriores relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, y actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno<sup>359</sup>, las cuales solicitarán de la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes para localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen<sup>360</sup>.

Hay que tener presente que todas las actuaciones de los poderes públicos en relación a los menores deben atender a su interés superior. Y con base en él y en el reconocimiento contenido en el Preámbulo y en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, la Administración evitará la separación del menor de sus padres y familiares o, en su caso, de los servicios de protección de su país de origen y, en consecuencia, orientará su actuación a la repatriación del menor con fines de agrupación familiar.

Sin embargo, aunque lo aconsejable es la reagrupación familiar, la repatriación no es un objetivo que se haya de perseguir a toda costa, aun en el caso de haberse localizado a la familia del menor o, en su defecto, a los servicios de protección de menores del país de origen: pueden estar en juego también otros intereses como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que aconsejen su permanencia en España.

No ha sido así desde el principio. Las Administraciones tenían como regla general la expulsión frente a la protección del menor, pues daban prioridad al control de fronteras y, por tanto, a la condición de inmigrantes irregulares antes que a su condición de menores y al reconocimiento del

<sup>359</sup> La Administración del Estado es la única competente en atención a lo dispuesto en el artículo 149.1.2ª CE: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...2ª Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo».

<sup>360</sup> Si no existiera representación diplomática en España, las anteriores gestiones se llevarán a cabo a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

estatuto de protección que les asiste. Incluso la Fiscalía General del Estado -en su Instrucción 3/2003, de 23 de octubre- llegó a considerar como menores emancipados a todos los menores extranjeros no acompañados mayores de dieciséis años, excluyéndolos de los sistemas de protección. De esta forma, si eran interceptados por las autoridades españolas en el acto de la entrada ilegal, serían retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. Y de no ser posible el retorno en las cuarenta y ocho horas inmediatas a la detención, el Fiscal solicitaba del Juez de Menores que autorizara su internamiento en un Centro de Menores. No cabe duda de que la aplicación de esta Instrucción redujo el número de menores acogidos en los Centros, pero a costa de sacrificar sus derechos fundamentales<sup>361</sup>.

Esta situación cambió con la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre el Tratamiento Jurídico de Menores Extranjeros Inmigrantes no acompañados, que ordena, como principio básico de actuación de los fiscales, respetar los derechos fundamentales del menor y velar por su integridad física y psíquica.

En definitiva, en la actualidad la medida adecuada y respetuosa con el interés superior del menor es la reagrupación o repatriación cuando se den las condiciones para su efectiva reagrupación familiar o, en su caso, para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen, sin que exista riesgo o peligro para la integridad del menor.

C.2 Acordada por el Delegado o Subdelegado de Gobierno la incoación del procedimiento, se dispone la audiencia del menor si tiene suficiente juicio, y se requiere informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal

La repatriación está supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos o garantías dirigidas a asegurar el respeto del principio del interés superior del menor. Así, el acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor<sup>362</sup>, al Ministerio Fiscal<sup>363</sup> y a la

---

<sup>361</sup> Federación SOS RACISMO. “Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos”. Disponible en Web: <http://infoxica2.files.wordpress.com>. [Consulta: 13 de febrero de 2010].

<sup>362</sup> El menor será informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español.

<sup>363</sup> En cuanto le corresponde la defensa de los derechos e intereses de los menores, de acuerdo con el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico. De aquí, que el Reglamento de extranjería contemple que «*cualquier actuación o incidencia que se produzca en el curso de procedimiento [de repatriación] será comunicada al Ministerio Fiscal a la mayor brevedad posible*» (artículo 192.2).

entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, para que formulen cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, y propongan las pruebas que consideren pertinentes.

El informe del servicio público de protección de menores versará sobre la identidad del menor, su situación en España y los datos que, tras realizar las actuaciones oportunas para localizar a su familia, tengan sobre esta, su país o su domicilio, de forma que pueda determinarse si la repatriación del menor es posible sin que suponga un peligro real para su vida o integridad física o la de sus familiares, o no.

También el Ministerio Fiscal emitirá informe tras el examen de la documentación que obre en el expediente remitida por el instructor. Esta obligación impuesta a la autoridad gubernativa de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de repatriación de los menores supone una garantía legal a los efectos de que el Fiscal pueda velar por los intereses del menor, comprobando que se han respetado todas las garantías necesarias y que la decisión de la repatriación es la más adecuada.

Tras la incorporación al expediente de los informes mencionados y, en su caso, el resultado de la prueba practicada, el Delegado o Subdelegado del Gobierno dará inicio al trámite de audiencia, en el que se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere conveniente en relación con su repatriación (artículo 35.5 de la Ley de extranjería y 194 de su Reglamento). Es un derecho del menor, tal y como recoge el artículo 9 de la Ley del Menor: *«El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social»*.

El trámite de audiencia del menor se configura como una de las garantías legales que prevé nuestro ordenamiento en la tramitación del expediente de repatriación de menores y a ella serán convocados el

---

Por otra parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 indica que la comunicación que se reciba en Fiscalía en relación con el inicio de las actuaciones de repatriación habrá de dar lugar a la incoación de las correspondientes Diligencias preprocesales, donde habrán de ir incorporándose todas las comunicaciones que se vayan recibiendo sobre dicho expediente.

Ministerio Fiscal, el tutor y, en su caso, el defensor judicial o el representante designado por el menor<sup>364</sup>.

La audiencia se documentará en un acta que será suscrita por los presentes y a la que se incorporarán como anexos cuantos documentos y justificantes se aporten.

### C.3 Resolución del procedimiento

Realizado el trámite de audiencia y a la vista de los informes anteriores, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor o sobre su permanencia en España.

En la valoración de dicho interés se tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, su situación en España (en el sentido de si está solo o tiene familiares o amigos ya instalados aquí), la adaptación y seguimiento de cursos de formación que puedan garantizarle una vida mejor, y si sufre una situación complicada en su familia de origen (malos tratos, pobreza extrema, etc.) que determine la no conveniencia de su regreso.

#### 1.2 La jurisprudencia ante los menores no acompañados. El mejor interés del menor y la vida familiar

Hasta aquí he expuesto el modo de actuar de las Administraciones Públicas ante un menor extranjero no acompañado. A continuación voy a analizar algunas sentencias de distintos Tribunales y quiero poner de manifiesto que se han referido al interés superior del menor y su integración familiar como una manifestación del derecho a la vida familiar.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto Maumousseau y Washington c. Francia, de 6 de diciembre de 2007, ha señalado que «*desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, “el interés superior del menor” en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección*

<sup>364</sup> A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación, así como en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente (artículo 35.6 de la Ley de extranjería).

*del menor, buscando la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia “la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar” [...].».*

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó, en el asunto *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, que *«el respeto a la vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento»*, de forma que, una vez que se haya establecido una relación familiar con un menor, el Estado debe actuar de manera que procure su desarrollo, acordando la protección jurídica que haga posible desde el nacimiento su integración en la familia (en el mismo sentido, casos *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, 50 y *Kroon c. Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994, 32).

Hay que recordar en este punto el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

*«1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.*

*2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.*

*3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.»*

Este artículo, como dice el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha de ponerse en relación con el artículo 7 de la misma Carta, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar y así *«tomar en consideración la necesidad del menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, expresada en el apartado 3 del citado artículo 24»* (Asunto Parlamento c. Consejo, de 27 de junio de 2006).

También hay que tener presente la ya mencionada Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar cuando declara que *«las medidas sobre*

*reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional».*

Pero -como ya se ha dicho- el objetivo de la integración se condicionará a qué sea lo más adecuado para la garantía del interés superior del menor, hasta el punto de que *«cuando ha pasado un periodo de tiempo considerable desde que el niño ha sido colocado por primera vez bajo la asistencia [de los servicios sociales], el interés por que el niño no vea que su situación familiar de facto vuelve a cambiar de nuevo puede ser más importante que el interés de los padres en el reagrupamiento de la familia»* (Caso Kutzner c. Alemania, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de febrero de 2002, 67).

En el ya analizado Caso Bronda c. Italia (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 1998), en el que unos abuelos alegan ante el Tribunal Europeo la violación del artículo 8 porque su nieta fue dada a una familia en régimen de acogimiento, se afirma que hay que procurar un equilibrio justo entre el interés de la menor a permanecer estable y el de su familia natural a vivir a con ella. El Tribunal concede una particular importancia al interés superior de la niña, que además ha manifestado siempre firmemente su voluntad de no dejar a la familia de acogida. Se valora un estudio detallado, realizado por expertos, del efecto que los problemas que el núcleo familiar tiene sobre el bienestar material y psíquico del menor, y sobre la consideración de las ventajas y beneficios que para el mismo supone un alejamiento de la familia de origen. En consecuencia, el interés de la menor supera al de sus abuelos y, por tanto, no se entiende vulnerado el artículo 8.

Por su parte, en España, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de julio de 2009, establece la siguiente doctrina: *«Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios*

*necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».*

### 1.3 La repatriación del menor

Fijado el marco legal y jurisprudencial, si la resolución del procedimiento acuerda la repatriación, el menor será conducido a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o se pondrá a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por ellos.

Esta resolución, necesariamente motivada, ha de notificarse al menor y a la Administración que ejerza su tutela, con indicación de los recursos que pueden interponer ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPAC).

La resolución que acuerda la repatriación es susceptible de ejecución como cualquier acto administrativo (artículo 56 LRJAPAC), si bien, como se acaba de indicar, puede ser objeto de impugnación por parte de los interesados, quienes, igualmente, podrán solicitar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de la decisión de repatriación. A este respecto, existen diversas resoluciones judiciales que conceden esta medida cautelar, en aplicación de los artículos 129 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA)<sup>365</sup>. La concesión de esta medida cautelar se supedita a que la ejecución del acto administrativo (repatriación del menor y, por tanto, su salida de España) pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima, si finalmente las pretensiones del recurrente fueran estimadas, debiendo el juez realizar una valoración de los intereses en conflicto. Pues bien, en las resoluciones consultadas que acuerdan la concesión de la medida cautelar de suspensión de la repatriación se pone de manifiesto la generación de perjuicios de muy difícil reparación en caso de ejecución inmediata de la repatriación del menor, a la vez que desde la perspectiva de los intereses en juego se constata la preeminencia del interés del menor sobre otro tipo de

---

<sup>365</sup> Entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre, 6 de noviembre y 23 de noviembre de 2007; el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 de abril de 2006; el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 20 de junio de 2006 y el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander de 7 de septiembre de 2006.

consideraciones. Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre de 2007 se dice: «*A la vista de lo expuesto [permanencia del menor en España desde 2005, informes educativos favorables, integración educativa y deseo manifestado del menor de continuar en España] y primando el superior interés del menor sobre cualquier otro, se considera más adecuado confirmar la suspensión acordada por el Auto apelado hasta tanto se dicte sentencia, no sólo por el perjuicio que supondría la ejecución de la repatriación y volver a reintegrarle en nuestro país, caso de estimarse el recurso, sino también porque se haría perder la finalidad legítima del recurso, dado que no es difícil pensar que se produciría una situación fáctica irreversible; sin que, por otro lado, la adopción de la medida cautelar lesione los intereses generales o de un tercero*».

También en el ámbito de extranjería es frecuente que se soliciten las medidas cautelarísimas o provisionalísimas del artículo 135 de la LRJCA, esto es, aquellas que se conceden de inmediato y sin oír a la Administración, debido a la situación de urgencia que impide tramitar de modo ordinario la pieza separada de medidas cautelares. En este sentido, el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca de 31 de julio de 2006 adopta la medida cautelarísima dirigida a la suspensión de la orden de repatriación recurrida, en razón de las circunstancias concurrentes -posible inmediata salida de territorio español y procedencia de valorar los intereses en presencia al estar implicado un menor de edad-, a fin de evitar una frustración de la eventual concesión de la medida cautelar, como ocurriría si previamente a la misma se llegase a ejecutar el acto impugnado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 22 de diciembre de 2008, números 183/2008 y 184/2008, dictadas en sendos recursos de amparo números 3319/2007 y 3321/2007, respectivamente, que significan un gran avance en la protección de los derechos fundamentales de los menores extranjeros, hace las siguientes manifestaciones:

- Destaca la relevancia constitucional del derecho del menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio a ser oído en todo procedimiento administrativo o judicial, bien directamente o, en su caso, a través de un representante.
- Proclama el derecho del menor extranjero no acompañado tutelado públicamente (no emancipado) a instar por vía judicial, incluso en contra de la voluntad de su tutor legal, la



revisión de una decisión administrativa que, como la de repatriación, le afecta tan directamente a su esfera personalísima, admitiéndose, a este fin (artículo 24 CE), capacidad directa al menor que tenga condiciones de madurez y juicio suficiente para ejercer por sí mismo la defensa de sus derechos e intereses legítimos en vía jurisdiccional (artículo 18 LJCA) o, en su defecto, a través de un defensor judicial<sup>366</sup>.

- Reconoce igualmente la legitimación activa de las asociaciones para ejercer acciones legales en defensa de los derechos e intereses legítimos de los menores<sup>367</sup>.

En relación a la ejecución de la medida, la repatriación debe llevarse a cabo por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor

<sup>366</sup> En su sentencia núm. 183/2008, de 22 de diciembre de 2008 (recurso de amparo núm. 3319/2007), el Tribunal Constitucional recuerda que la repatriación de menores es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor y, por lo tanto, entiende que el menor, aun sometido a tutela, tiene capacidad para ser escuchado por sí mismo o para nombrar letrado que lo represente pues lo contrario supone una vulneración de su derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE) para defender intereses personalísimos. En esta sentencia se analiza el caso de un menor de diecisiete años tutelado por la Comunidad de Madrid. Esta instó su repatriación, que fue acordada después por la Delegación del Gobierno en Madrid. El menor impugnó judicialmente dicha decisión a través de un letrado, ratificando a presencia judicial su voluntad de oponerse a la decisión administrativa. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, ante el conflicto de intereses existente con el órgano de tutela, que era el que había instado la repatriación, procedió al nombramiento de un defensor judicial que recayó en su propio letrado. Por su parte, el órgano judicial de apelación acordó la inadmisión del recurso interpuesto por entender que el recurrente carecía de capacidad procesal, ya que aunque está previsto en el artículo 18 de la LJCA que tienen esa capacidad «*los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela*», en el presente caso «*el menor no está emancipado, sino sometido a tutela de una Administración pública –la Comunidad de Madrid– sin que nos encontremos en el supuesto previsto en el transcrito art. 18 LJCA*». El Tribunal Constitucional concluye que la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficientes, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionando de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción para defender derechos personalísimos.

<sup>367</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 184/2008, de 22 de diciembre (recurso 3321/2007) dice así: «*Una vez que ha quedado acreditado, por un lado, que entre los fines estatutarios de la asociación recurrente está conseguir la integración en la sociedad y la promoción de las personas con problemas de cualquier clase de marginación social, especialmente menores y jóvenes, incluyendo el ejercicio de las acciones judiciales que se entiendan oportunas para la tutela de sus derechos y libertades fundamentales y, por otro, que el afectado por la resolución impugnada es un menor extranjero, la conclusión de que dentro de sus fines estatutarios no queda incluida la defensa de los concretos intereses de este menor y de que, en cualquier caso, su único interés es el de la mera defensa de la legalidad, ya que la decisión recurrida no le supone una desventaja ni le priva de un beneficio, supone una interpretación y aplicación en exceso rigorista de la exigencia legal de interés legítimo*» (FJ 4º).

bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen, según dispone el artículo 195.1 del Reglamento de extranjería. El artículo 92.4 del anterior Reglamento (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) establecía que la repatriación se ejecutaría «*mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país al que se repatría*».

Si el menor extranjero está incurso en un proceso judicial porque ha cometido una infracción penal y le resulta aplicable la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, la repatriación queda condicionada a la autorización judicial, debiendo constar en el expediente que se ha comunicado al Ministerio Fiscal. Esta ley establece en su artículo 2.3 que el Juez de Menores<sup>368</sup> será el competente para autorizar a la Administración General del Estado que proceda a la repatriación del menor sin cumplir la condena penal que le hubiere recaído o pudiera recaerle. Y ello porque la salida del menor extranjero supone una renuncia del Estado español al ejercicio del *ius punendi*, lo que corresponde autorizar exclusivamente a los órganos judiciales.

Por lo que se refiere a los gastos derivados de la repatriación, de acuerdo con el artículo 195.3 del Reglamento, corresponden a la familia del menor o a los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos y subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentra el menor.

Por último, no pueden desconocerse las dificultades que plantean en la práctica las ejecuciones de repatriaciones de los menores extranjeros no acompañados, ya sea por la imposibilidad de localizar a la familia, por las carencias de los servicios de protección de menores de los países de origen, por la falta de colaboración de sus autoridades o por la oposición de las familias y del propio menor al retorno. Pese a ello, las autoridades españolas siguen apostando por esta política en coherencia con toda la normativa analizada en este capítulo, mediante la firma de acuerdos con los principales países de los que proceden los menores, como Rumania,

---

<sup>368</sup> Artículo 2.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores.

Marruecos y Senegal, dirigidos a la repatriación de los mismos a sus países de origen, sin olvidar la previsión de acciones sobre prevención de la emigración y protección de los menores que se encuentren en territorio español.

#### 1.4 La permanencia en España del menor

Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor con su familia o a su país de origen y, en todo caso, cuando hayan transcurrido nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia.

Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.7 de la Ley de extranjería.

La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia.

La Delegación o Subdelegación resolverá el procedimiento y notificará la resolución al menor y al Ministerio Fiscal. La autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores (esta previsión tiene gran relevancia a efectos de facilitar la integración del menor en nuestro país con la posterior concesión de la autorización de residencia de larga duración o de la nacionalidad española).

Si subsisten las circunstancias que motivaron su concesión inicial, procederá la renovación de la autorización, cuya vigencia será también de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración. En su caso, la autorización de trabajo tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que esta exceda del tiempo de vigencia de la autorización de residencia.

En todo caso, la ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le corresponden por su condición de menor. Además, el menor podrá acceder a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio en atención al derecho a la educación que le atribuye el artículo 9 de la Ley de extranjería y los artículos 9 y 10 de la Ley del menor.

Estas previsiones sobre la residencia tienen importantes consecuencias en materia de nacionalidad, pues el artículo 22.2 c) del Código Civil solo exige el plazo de un año de residencia legal al menor extranjero que haya estado bajo la tutela, guarda o acogimiento legal de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos para adquirir la nacionalidad española, y así gozar de la plenitud de los derechos civiles y políticos.

Por último, debe señalarse que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en atención a lo dispuesto en el artículo 35.8 de la Ley de extranjería. Esta previsión que en principio merece una valoración positiva -si cambia la situación familiar del menor tras su regulación, en aplicación del principio de interés del menor, es lógico que sea devuelto a su familia y país de origen-, deja a los menores en una cierta situación de incertidumbre que puede dificultar su integración.

Autorizada la residencia de los menores tutelados, la Ley de extranjería (artículo 35.9) establece que reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir cuando alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad.

Así, el artículo 197 del Reglamento establece que los menores tutelados por un servicio de protección de menores que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia podrán solicitar la renovación de la misma, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. Para la renovación de la autorización se

valorará especialmente el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado teniendo en cuenta:

- a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección.
- b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado.
- c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes.
- d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española.
- e) La continuidad en los estudios.
- f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo.
- g) La participación en cursos de formación.

La vigencia de la autorización renovada será de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración. Este mismo artículo establece que la autorización de residencia puede modificarse por una autorización de residencia y trabajo mediante la presentación de uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva.

Regula también el Reglamento (artículo 198) el acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia. En este caso y siempre que el menor haya participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por el servicio de protección que ostente su tutela para favorecer su integración social, este puede recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales. El mayor obstáculo se encuentra en que con la solicitud habrá de acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para su sostenimiento o con un contrato de trabajo o contratos de vigencia sucesiva o que reúne los requisitos de cara al ejercicio de una actividad por cuenta propia. En caso de concesión de la autorización -se tendrá especial consideración al grado de inserción del solicitante en la sociedad española valorándose según los datos arriba descritos-, esta conlleva una autorización de trabajo y su vigencia está condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

Hay que destacar la importancia de la autorización de trabajo para la incorporación al mercado laboral español, pues no hay que olvidar que la

consecución de un empleo es una de las principales motivaciones que llevan a estos menores a abandonar su familia y su país de origen y facilita su integración social.

### 1.5 Otras situaciones en que pueden encontrarse los menores

El régimen legal de protección de menores descrito se completa haciendo referencia a otras situaciones en que pueden encontrarse los menores como son los menores extranjeros acompañados y menores en centros de internamiento, así como la protección a las mujeres extranjeras embarazadas.

#### 1.5.1 Menores extranjeros acompañados

Los menores extranjeros que entran en España de forma ilegal con sus padres o representantes legales deben permanecer junto a ellos porque, en principio, debe evitarse su separación con base en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989: *«Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño».*

De esta forma, si se acordara la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor, este, con base en el derecho de reagrupación familiar, debe acompañarlos.

No obstante, si estos menores acompañados se encuentran en situación de desamparo por el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes por parte de sus progenitores, tutores o guardadores de hecho, la Administración Pública, una vez apreciado el desamparo, asumirá la tutela del menor que se extinguirá cuando cumpla los dieciocho años o cuando concurra alguna de las causas de extinción de la tutela recogidas en el artículo 276 del Código

Civil<sup>369</sup>. La principal consecuencia de que la Administración asuma la tutela de los menores desamparados es que estos no pueden ser objeto de una medida de expulsión, pues como dispone el mencionado artículo 35 de la Ley de extranjería: *«Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. [...] y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores»*.

### 1.5.2 Menores en centros de internamiento

A los extranjeros a los que se les haya incoado expediente por infracciones<sup>370</sup> en el que pueda proponerse como sanción la expulsión del territorio español, podrá el instructor solicitar del Juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en centros de internamiento en tanto se realiza la tramitación de expediente sancionador. El extranjero sometido a este internamiento tiene, entre otros derechos, el de tener en su compañía a sus hijos menores siempre y cuando existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar y el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, lo autorice (artículo 62 bis 1.i de la Ley 4/2000).

Es este el único caso en el que puede acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento. Hay que recordar, por un lado, que los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario cuyo ingreso y estancia en los mismos tiene únicamente finalidad preventiva y cautelar, disfrutando los extranjeros de todos los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, y, por otro, que el internamiento se mantendrá el tiempo necesario para los fines

---

<sup>369</sup> Según el artículo 276 del Código Civil, la tutela se extingue:

- 1.º Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.
- 2.º Por la adopción del tutelado menor de edad.
- 3.º Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.
- 4.º Por la concesión al menor del beneficio de la mayoría de edad.

<sup>370</sup> De conformidad con el artículo 57 de la Ley de extranjería, cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 del mismo texto legal, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

del expediente, siendo su duración máxima sesenta días y sin posibilidad de nuevo internamiento en un mismo expediente.

### 1.5.3 Mujeres extranjeras embarazadas

Por lo que respecta a las extranjeras embarazadas sometidas a expediente de expulsión, la Ley de extranjería (artículos 57.6 y 58.4) y su Reglamento (artículo 246.7) impiden tal medida cuando pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Las extranjeras embarazadas que se encuentran en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y post-parto. Después, el hijo nacido correrá la misma suerte que la madre, ya sea o no expulsada. En este punto hay que recordar lo dicho al comienzo del capítulo: el mero hecho del nacimiento en España no otorga la nacionalidad, pues es preciso que uno de los padres extranjeros haya nacido también en España (artículo 17.1.b del Código Civil).

## 2. LA QUIEBRA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN: LAS REAGRUPACIONES FAMILIARES SIN GARANTÍAS

Acordada la repatriación del menor, el nuevo Reglamento de extranjería de 20 de abril de 2011 establece, en su artículo 195, que el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen.

Esta nueva regulación intenta evitar las irregularidades que se producían cuando, como veremos más adelante, con base en el artículo 92.4 del anterior Reglamento, la repatriación del menor se ejecutaba *«mediante su entrega a las autoridades de frontera del país al que se repatría»*.

Así, un informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas de 14 de enero de 2004, emitido de conformidad con la Resolución 46/2003 de la Comisión de Derechos Humanos, alertaba sobre la falta de respeto a los derechos de los menores y la posibilidad de malos tratos por parte de las policías de frontera de países que generan inmigración. En él se constató que muchos menores habían sido objeto de malos tratos por parte de la



policía marroquí y que un número importante de menores devueltos así a Marruecos en el Puerto de Tánger, están abandonados a su suerte viviendo de la mendicidad y del delito y que vuelven a intentar pasar la frontera con un grave peligro para su vida. Son muchas las repatriaciones que no consiguen salvaguardar el interés superior del menor, por ejemplo, cuando el menor es maltratado por su padre en el país de origen; cuando tras una «reagrupación familiar» termina en la calle sin ninguna relación con la familia; cuando en su familia los padres son incapaces de ejercer un cuidado efectivo; o cuando la situación familiar es tan precaria que no se pueden garantizar las necesidades básicas.

Por su cercanía, España recibe a numerosos inmigrantes procedentes de Marruecos (también Francia e Italia y, en menor medida, Holanda y Bélgica). La preocupación por el problema de los menores de edad marroquíes no acompañados que se encuentran en territorio español, así como la prevención de riesgos para ellos ha llevado a España y a Marruecos a firmar el Acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007<sup>371</sup>. En él se establece que el interés superior del menor debe constituir la base de toda cooperación entre los dos Estados, cooperación que debe consistir en:

1. La adopción de medidas de prevención centradas en el desarrollo social y económico de las zonas de origen de los menores de edad no acompañados, así como en la lucha contra las redes de tráfico de personas.
2. La adopción de medidas de asistencia y protección de los menores marroquíes no acompañados que se encuentren en territorio español. Además se proporcionaría a las autoridades competentes marroquíes, en el plazo de un mes a partir de la fecha de entrada ilegal del menor en territorio español, toda la información pertinente en relación con su situación. Por su parte, las autoridades competentes marroquíes procederán -en el plazo de tres meses desde que reciben la información de España- a la identificación del menor y de su familia y a la expedición de documentos que demuestren su nacionalidad.

---

<sup>371</sup> Este Acuerdo entró en vigor el 2 de octubre de 2012, fecha de recepción de la última notificación por la cual una de las Partes Contratantes informó a la otra Parte del cumplimiento de los procedimientos legales requeridos, según se establece en su artículo 9.1 y fue publicado en el B.O.E. de 22 de marzo de 2013.

3. Favorecer el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social.

Hay que destacar que en este Acuerdo, que se firma por tiempo indefinido, España asume la financiación<sup>372</sup> de las acciones de protección y repatriación de los menores de edad no acompañados y colaborará en la cofinanciación de las acciones de prevención, sobre todo, favoreciendo el desarrollo socio-económico de las regiones de fuerte potencial migratorio, y Marruecos debe colaborar para garantizar, en cada caso de retorno al país de origen, las condiciones de la reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de un institución de tutela.

Pese a esta regulación, la realidad es bien distinta. Desde asociaciones de ayuda a inmigrantes se denuncia que los servicios de protección de menores están al servicio de las políticas migratorias y de control de fronteras primando la condición de extranjero sobre la condición de menor de edad. Hay hechos reveladores de que los servicios de protección de menores no aseguran el máximo nivel de protección de los menores inmigrantes quizá en la creencia de que si se facilita la situación de los menores recién llegados se creará una reacción en cadena (el conocido «efecto llamada») que los desbordará. Es pues un argumento de política migratoria frente a los criterios educativos y sociales que deberían orientar la política de protección, y recuerda el eterno equilibrio del Estado entre el respeto de los derechos humanos y la protección de la soberanía.

En este sentido, el informe realizado por la Federación SOS RACISMO<sup>373</sup>: «Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos», recoge el

---

<sup>372</sup> En este punto hay que recordar que la atención al incremento del número de menores extranjeros no acompañados llegados a nuestras costas o nuestras fronteras ha desbordado los recursos destinados a la protección de menores y de ahí que se haya dictado el Real Decreto 1260/2007, de 21 de septiembre, que regula la concesión de una subvención directa a las Ciudades de Ceuta y Melilla para la mejora de la atención a menores extranjeros no acompañados; el Real Decreto 868/2007, de 2 de julio que regula la concesión directa de subvenciones a entidades encargadas de la atención de menores extranjeros no acompañados en el marco del Programa Especial para el traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desde la Comunidad Autónoma de Canarias; así como el Real Decreto 441/2007, de 3 de abril que aprueba las normas reguladoras de la concesión directa de subvenciones a entidades y organizaciones que realizan actuaciones de atención humanitaria a personas inmigrantes, incluidos menores extranjeros no acompañados.

<sup>373</sup> Redactado en 2004 por Diego Lorente y Rubén (SOS RACISMO) y Mercedes Jiménez (Colectivo Al Jaina), con el asesoramiento de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española.

trabajo realizado por un equipo de investigadores que analiza si veintiocho retornos documentados salvaguardan los derechos de estos menores y están fundados en su «protección», o, por el contrario, se llevan a cabo a modo de «sanción» y haciendo prevalecer los intereses de la política de extranjería, centrada en controlar la migración irregular. Este informe concluye que esos retornos se hicieron sin garantías, y, además, todos los menores devueltos entrevistados quieren regresar a España y ya lo han intentado desde que fueron retornados (el 21% lo logró). En el 93% de los casos, las familias de los repatriados no fueron avisadas. El 75% de los chicos regresaron a sus casas por sus propios medios (mendigando). El 11% no volvió a su casa y el 100% asegura que fue maltratado (patadas, golpes, tortazos) en algún momento de la devolución a Marruecos, en la mayoría de los casos por la policía marroquí y también por la española.

Con el fin de evitar las repatriaciones sin garantías, la Declaración de Buenas Prácticas 2004 de la Alianza Internacional Save The Children-Acnur refiere las condiciones que han de darse en los casos de devolución de menores a sus países de origen, para que se respeten sus derechos fundamentales. Así:

*«- Se tiene que haber realizado una evaluación meticulosa de la seguridad que existe para el regreso del menor a su país de origen, tomando en consideración los riesgos de persecución, de ser involucrado en conflictos armados, de violencia y abusos y de explotación.*

*- Los cuidadores y tutores o asesores del menor en el país de acogida tienen que afirmar que el regreso obedece al interés superior del menor.*

*- Se tiene que haber efectuado un estudio en profundidad de la situación del menor en el país de origen. Será necesario examinar la capacidad de la familia del menor (padres u otros familiares) de proporcionarle los cuidados adecuados.*

*- Se deberá realizar un diagnóstico de las condiciones de acceso a la alimentación, la vivienda, los servicios sanitarios, la educación, la formación profesional y las oportunidades de empleo en el país de origen.*

*- Esas investigaciones han de ser llevadas a cabo por una organización profesional e independiente (distinta a la entidad o persona que decida inicialmente sobre el estatus de refugiado del menor u otras*

*peticiones) y deberán ser objetivas y no políticas, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.*

*- Los padres, familiares u otros cuidadores adultos del menor tienen que aceptar asumir los cuidados inmediatos y a largo plazo desde el momento de la llegada del menor a su país de origen. Se deberán estudiar y tomar en consideración las opiniones de la familia acerca del regreso del menor.*

*- El menor deberá ser, en todo momento, plenamente informado y consultado, debiendo recibir, además, el asesoramiento y apoyo adecuados; asimismo deberá tomarse en consideración, de acuerdo con su edad y madurez, la opinión del menor acerca de su regreso.*

*- Antes de que tenga lugar el regreso deberá facilitarse el contacto entre el menor y su familia.*

*- Durante su regreso, el menor ha de ir debidamente acompañado.*

*- Después de su regreso, se deberá hacer un seguimiento de la situación y del bienestar del menor por autoridades u organismos competentes.*

*- Los menores víctimas de la trata de menores nunca podrán ser devueltos a su país de origen sin que se haya realizado un estudio completo del entorno familiar y de los riesgos potenciales de represalias o de un nuevo sometimiento a la trata de menores, con el fin de garantizar que vuelvan a un entorno seguro.*

*- Los menores no acompañados que hayan llegado siendo menores de edad, pero que hayan alcanzado la edad de los 18 años y no dispongan de permiso de residencia en el país de acogida, deberán ser tratados como personas vulnerables y ser consultados sobre las condiciones necesarias para lograr una reintegración exitosa en su país de origen».*

Muchas de estas medidas están recogidas en la Ley y en el Reglamento de extranjería. Su incumplimiento provoca que los Tribunales dicten resoluciones que impiden las repatriaciones de menores cuando no son acordadas en interés del menor, sino como medidas de expulsión carentes de cobertura jurídica o cuando no se dan los requisitos establecidos en el procedimiento de repatriación.

Así, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de fecha 20 de junio de 2006 afirma que la repatriación al país de origen del menor afecta de modo directo e inmediato a su esfera personal pues la familia del menor no tiene capacidad para velar por su integridad, ni para procurarle cuidado y, de reagruparlo, viviría en una situación de mayor desprotección y vulnerabilidad social. Se insiste en que la repatriación debe tener como finalidad la reagrupación familiar, después de un informe técnico que aconseje que el interés superior del menor es la vuelta a su país de origen. Y además recuerda que para que todo el proceso tenga efectividad es preciso que el menor sea oído y que le sean notificadas las resoluciones que le afecten.

Sobre este punto último, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 18 de Madrid, en su auto de 22 de junio de 2006, suspende la ejecución de la repatriación encontrándose el menor embarcado en el avión, al no haber sido oído este en el trámite de audiencia por resultar afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, el auto de 6 de abril de 2006 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Madrid, que resuelve el recurso contra una Resolución de la Delegación de Gobierno de Madrid en la que se acordaba la repatriación de un menor a Marruecos, acuerda nombrar defensor judicial al menor, por entender que existe conflicto de intereses entre él y las instituciones de tutela. La salida de nuestro país de un menor extranjero no acompañado solo puede tener como motivo la reagrupación con su familia. Entiende que la repatriación para la reagrupación familiar como un derecho del menor es el principio rector de todas las acciones que se adopten con los menores, y la mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria. E insiste en la necesidad de notificar siempre la resolución al menor y a su representante legal dadas las condiciones de edad y madurez de aquel y en el derecho del menor a ser oído con las garantías debidas y al asesoramiento profesional de un letrado en el expediente de repatriación que, en el caso, se habría tramitado sin audiencia del menor.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2007, que confirma la sentencia del juez de instancia revocatoria de una resolución de repatriación por ausencia del preceptivo informe de los servicios de protección de menores y vulneración del derecho del menor a ser oído.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006 anula una resolución de repatriación por falta de notificación de la misma y por vulneración de los derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006 anula una resolución de repatriación acordada en un expediente que contaba con informes de los servicios sociales a favor de la permanencia del menor en España, por no darse las condiciones adecuadas para su reagrupación familiar y no haberse efectuado ninguna gestión con los servicios sociales del país de origen en orden a la asunción de su tutela, vulnerándose, además, el derecho del menor a ser oído en el procedimiento.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 1 de mayo de 2007 anula una resolución de repatriación por ausencia total del procedimiento previsto en el Reglamento de extranjería y, por ende, violación de los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva e integridad, en atención a las siguientes circunstancias: primera, ausencia de informe de los servicios sociales constatando la concurrencia de las condiciones para la reagrupación familiar del menor; y segunda, el menor no ha sido informado de la incoación del procedimiento ni ha sido oído durante el mismo ni se le ha notificado la resolución de repatriación.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 31 de julio de 2007 confirma la sentencia de instancia que impidió la repatriación de un menor por considerar que, en la tramitación del expediente, la Administración no localizó ni identificó a la familia del menor, ni se puso en contacto con los servicios sociales del país de origen a los efectos de verificar si se daban los requisitos necesarios para la adecuada tutela del menor, vulnerando así el derecho a su integridad.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid de 22 de octubre de 2007 anula una resolución de repatriación por vulneración del derecho del menor a ser oído y por la falta de fundamento de la repatriación, en cuanto la propia madre pretende que su hijo permanezca en España y no retorne a su país de origen.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007 estima la pretensión anulatoria de la resolución por la que se ordenaba su repatriación, por considerar vulnerados los derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente,

así como por haberse constatado la oposición de la propia familia al retorno del menor a su país de origen.

Y, finalmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de septiembre de 2010, anula la resolución administrativa que acordaba la repatriación de un menor tutelado, ya que se le había denegado la residencia porque cumplía dieciocho años al día siguiente de su presentación. De la regulación del Reglamento de extranjería resulta que el organismo que ejerce la tutela debe instar -acreditada la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen- el permiso de residencia, transcurrido nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. En el caso que se analiza, han transcurrido los nueve meses y es el propio menor, un día antes de cumplir los dieciocho años, quien solicita el permiso de residencia. Para el Tribunal, si la Administración deja transcurrir el plazo de nueve meses sin instar la autorización de residencia, el interés superior del menor impone reconocerle el derecho a instar el mismo la solicitud, como igualmente se le reconoce la legitimación para actuar ante la Administración o postulando el auxilio jurisdiccional en defensa de sus intereses sin necesidad de la asistencia de la persona que ejerce la patria potestad o incluso contra la voluntad de sus representantes legales. Además, que alcanzase la mayoría de edad al día siguiente de presentar la solicitud no es razón suficiente para no tramitarla -como tampoco cuando se alcanza la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento- pues los efectos de la autorización de residencia se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores (artículo 35 de la Ley de extranjería). De esta forma, se evita que el menor quede en una situación extremadamente precaria -como dice el Informe del Defensor del Pueblo de 2004- cuando no ha habido tiempo para expedir la oportuna autorización de residencia, debiendo entenderse, por tanto, que el momento que determina la validez de la situación de minoría de edad que otorga el derecho a la documentación es la solicitud del permiso de residencia.

### 3. MENORES SOLICITANTES DE ASILO

Para evitar la expulsión con la finalidad de reagrupamiento familiar, los menores extranjeros no acompañados pueden solicitar asilo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.4 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

El derecho de asilo como protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución o expulsión, puede ser interesado por los menores, que serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se asigne al menor le representará durante la tramitación del expediente. Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo.

El Ministerio Fiscal tiene una participación activa en los expedientes de asilo en los que intervengan menores de edad no acompañados, así como las entidades públicas de protección de menores que son las que los representan legalmente, debiendo velar por el cumplimiento de todas las garantías que a tales efectos exige nuestro ordenamiento jurídico.

## **H. EL DERECHO AL TRABAJO DEL MENOR**

Ya se ha dicho que un alto porcentaje de los menores inmigrantes, especialmente los que vienen solos, persiguen como objetivo prioritario encontrar un puesto de trabajo que les permita autosuficiencia económica para mantenerse y ayudar a sus familias. De aquí que el derecho al trabajo se convierta en derecho de especial importancia para el menor inmigrante.

Aunque el artículo 35 de la Constitución Española dice que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, la Declaración Universal de Derechos Humanos amplía la titularidad de este derecho cuando en su artículo 23 recoge que toda persona tiene derecho al trabajo. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su artículo 6 declara el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Y la Carta Social Europea, en su artículo 1 denominado «*Derecho al trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo*» dispone:

*«Las partes contratantes se comprometen:*

- 1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo.*
- 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.*



3. *A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores.*
4. *A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.»*

Nuestro ordenamiento jurídico otorga al menor una protección que no se reduce a la fijación de una edad mínima de ingreso al trabajo (actualmente el límite está en los dieciséis años). Este límite no coincide con la mayoría de edad civil ni, en consecuencia, con el momento en el que se presupone al sujeto un grado suficiente de madurez y desarrollo físico, y por ello el legislador arbitra una serie de medidas para que la prestación de trabajo de los menores, cuando sea permitida, se realice con las debidas garantías para ellos. Así, se requiere que los padres o tutores autoricen la celebración del contrato, esto es, se requiere su consentimiento para garantizar la madurez del menor en el sentido de que tiene capacidad de entender y asumir todas las obligaciones que lleva consigo la firma del contrato. Y autorizado por sus padres o tutores, es el menor el que consiente plenamente pues es su voluntad la que sirve para perfeccionar el contrato y es él quien va a recibir todos los beneficios y obligaciones derivadas de este acto.

Además, la ley de extranjería establece la obligatoriedad de la autorización administrativa para trabajar. Su artículo 36.1: *«Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar».*

Según los artículos 38 y 40 de dicha ley, si el trabajo es por cuenta ajena, se requiere un permiso de trabajo cuya concesión inicial queda supeditada a la situación nacional de empleo. No obstante, esta circunstancia no se tendrá en cuenta cuando el contrato de trabajo vaya dirigido, entre otras personas<sup>374</sup>, a:

---

<sup>374</sup> Tampoco se tiene en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a: Los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como al hijo de español nacionalizado o de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que estos últimos lleven, como mínimo, un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario; los extranjeros nacidos y residentes en España; los hijos o nietos de español de origen; los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación; los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos; los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la terminación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, por los motivos recogidos en el supuesto 5 de la sección C de su artículo 1; los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto; los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales, y hayan retornado a su país; los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno

- Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de esta, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.
- Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos. (Circunstancias en las que pueden encontrarse muchos menores).

Por otro lado, no necesitan permiso de trabajo para trabajar en España los menores extranjeros a los que se aplique el régimen comunitario, esto es, a los que, cualquiera que sea su nacionalidad, sean familiar de ciudadano español o de nacional de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas. Así, el régimen de comunitarios se aplica, por ejemplo, a los menores alemanes o franceses, y también al hijo de una mujer marroquí posteriormente casada con un español.

También el régimen de asilo es un régimen privilegiado en cuanto al trabajo: la tarjeta de identidad de los extranjeros -mayores o menores- y de sus familias a quienes se haya autorizado la residencia en España por motivos de refugio les autoriza a trabajar sin necesidad de obtener un permiso de trabajo. Los solicitantes de asilo que permanezcan en España durante la tramitación del expediente pueden ser autorizados a trabajar si la solicitud no se ha resuelto a los seis meses de su presentación por causas no imputables a los mismos en los términos establecidos en el artículo 79.c) del Reglamento de extranjería.

---

voluntario.

Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente, para:

- a. La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas.
- b. Los profesionales altamente cualificados, incluyendo técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas, sin perjuicio de la aplicación del régimen específico de autorización aplicable de conformidad con la presente Ley.
- c. Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.
- d. Los artistas de reconocido prestigio.

## **CONCLUSIONES FINALES**

### *1.ª El artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) recoge en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida familiar, cuyo contenido ha sido perfilado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que además lo ha hecho extensible a los extranjeros que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados miembros del Consejo de Europa.

El Convenio de Derechos Humanos forma parte del ordenamiento jurídico español y es un instrumento de interpretación del contenido de nuestro sistema de derechos en general y de los derechos fundamentales, en especial. Nuestra Constitución no reconoce como tal el derecho a la vida familiar, pero reconoce en su artículo 18 el derecho a la intimidad familiar y en el artículo 39 dirige a los poderes públicos un mandato para que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia. Con base en este último precepto, la jurisprudencia española ha protegido el derecho a la vida familiar.

### *2.ª El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instaurado por el Convenio, es un órgano de jurisdicción obligatoria para la protección de los derechos reconocidos en él. Cualquier ciudadano que entienda que han sido vulnerados sus derechos por los Estados miembros puede acudir ante el Tribunal en demanda de protección. También los extranjeros, en cuanto personas dependientes de la jurisdicción de un Estado parte, con base en la universalidad de los derechos humanos y en la prohibición de discriminación en el goce de los derechos y libertades protegidos por el Convenio por razón, entre otras, del origen nacional.

### *3.ª Concepto de familia para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo adopta un criterio material y no formal de familia: cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada «vida familiar» protegida por el Convenio, por alejada que resulte del concepto tradicional de familia.

#### *4.ª Concepto de familia para el Tribunal Constitucional*

Nuestro Tribunal Constitucional abordó el concepto constitucional de familia desligándola del matrimonio y de la descendencia, entendiendo como tal el marco social en el que se convive a través de los principios de solidaridad y dependencia, sin determinar qué relaciones son las que constituyen una familia. Esta indefinición permite que, en cada momento, pueda adaptarse su contenido a los modelos de familia que la sociedad reclama, con origen en la institución del matrimonio -origen todavía predominante- o en otro distinto.

#### *5.ª La vida familiar como derecho*

El derecho a la vida familiar es el derecho de las personas que forman parte de una familia a disfrutar de las relaciones entre ellas.

La vida familiar se configura como un derecho en distintos Tratados Internacionales de Derechos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 7). En ellos, tras la declaración del derecho se establece la prohibición de injerencias arbitrarias en su ejercicio.

Concretamente, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su párrafo primero, recoge el derecho al respeto de la vida familiar y, en el párrafo segundo, dice así: *«No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».*

Este artículo 8 presenta dos particularidades con respecto a los otros artículos citados: La primera consiste en que el derecho se enuncia no como un derecho a la vida familiar, sino como un derecho «al respeto» de la vida familiar. La segunda particularidad es el establecimiento del «bienestar económico del país» como causa legítima de restricción del derecho con el objetivo de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera y de control de cambios.

#### *6.ª La vida familiar de los extranjeros y la política migratoria internacional*

El extranjero, una vez instalado en el país de acogida, procura reunir con él a su familia o crea una nueva familia. La protección del derecho al respeto de su vida familiar es una de las cuestiones más relevantes de la política migratoria internacional, que se orienta a la máxima integración posible del extranjero en el país de acogida. Integración a la que contribuye la protección del derecho a la propiedad y de los derechos socio-económicos, que aseguran a la persona su bienestar y una vida digna.

#### *7.ª Obligaciones de los Estados en relación con el respeto al derecho de la vida familiar*

Cuando el artículo 8 del Convenio dispone que toda persona tiene derecho al respeto de la vida familiar impone dos obligaciones diferentes a los Estados. La primera consiste en la obligación de abstenerse de injerencias en el ámbito de la vida familiar, salvo en las circunstancias ya enunciadas (conclusión 5ª) y se manifiesta en materia de permisos de entrada o residencia y en la expulsión de los extranjeros del territorio del Estado. La segunda es una obligación de respeto, que no se satisface con la mera abstención, sino que impone la adopción de medidas positivas que garanticen su ejercicio efectivo, como el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar o el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos establecido judicialmente cuando los progenitores están separados. En estos casos, los Estados disponen de un margen de apreciación para determinar cuál es el respeto exigido por las circunstancias realizando una ponderación justa entre el interés general de la comunidad y el del individuo, que puede ser revisada por el Tribunal Europeo.

#### *8.ª Afectación de la vida familiar de los extranjeros por medidas adoptadas por los Estados*

La vida familiar de los extranjeros puede verse afectada por determinadas medidas adoptadas por los Estados, como la denegación de

permisos de entrada o residencia, que obstaculizan la reagrupación familiar, o la expulsión del territorio donde han desarrollado una parte de su vida y en el que viven con su familia o sus parientes cercanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma constantemente que la vida familiar protegida por el Convenio es la preexistente, esto es, la vida familiar del perjudicado por la medida de expulsión ha de ser anterior a la adopción de esta. Y también exige que la vida familiar sea real (que existan vínculos familiares reales) y efectiva (que se den relaciones personales, y dependencia económica y emocional).

No se entiende vulnerado el derecho a la vida familiar si el Tribunal estima que se cumplen estos requisitos:

- que la medida esté prevista por la ley,
- que persiga alguno de estos fines: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.
- que sea necesaria en una sociedad democrática.

En las diferentes sentencias analizadas en esta tesis he observado que los dos primeros requisitos son de fácil constatación por el Tribunal, mientras que el tercero exige una valoración detallada.

*9.ª Las medidas adoptadas por un Estado serán necesarias en una sociedad democrática si están justificadas por una necesidad social imperiosa y son proporcionadas al fin legítimo perseguido.*

El Tribunal Europeo tiene que determinar si la medida que afecta al extranjero ha respetado el justo equilibrio entre su derecho a la vida familiar y la protección de los fines legítimos que corresponde preservar al Estado, teniendo en cuenta que los Estados tienen la prerrogativa de controlar, en virtud de un asentado principio de derecho internacional y sin perjuicio de los compromisos adquiridos en los tratados, la entrada y la residencia de los no nacionales y, por lo tanto, tienen la facultad de expulsar a los delincuentes o a los que no cumplan los requisitos de su política de inmigración.

### *10.ª La denegación de permisos de entrada y residencia*

En la regulación de los permisos de entrada y residencia en los países de la Unión Europea hay que distinguir entre:

a) Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o asimilados a ellos en función de algún Convenio Internacional, como los nacionales de los Estados que integran el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad.

Todos ellos disfrutan del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Este derecho se ha hecho extensible a sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad, con la finalidad de no restringir la libertad de los comunitarios y de proteger su vida familiar.

b) Los nacionales de terceros países no familiares de comunitarios.

La entrada y residencia de ellos en países de la Unión Europea se regulará por las normas nacionales de cada país en el marco del respeto a la libre circulación de personas, el control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia. Así, los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, podrán entrar en España y, cuando se hallen legalmente en nuestro territorio, tendrán libertad de circulación.

La denegación o la no renovación de los permisos de entrada o residencia pueden afectar al derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros, por lo que debe valorarse en su adopción la naturaleza y solidez de los vínculos familiares de la persona, la duración de su residencia y la existencia de vínculos familiares, culturales o sociales con su país de origen.

### *11.ª La expulsión del territorio nacional*

Cuando la medida adoptada es la expulsión del territorio, en esa ponderación de intereses tiene gran relevancia la situación privada y familiar del demandante, su arraigo en el país de acogida y sus vínculos con el país de origen. Y si la expulsión se ha adoptado en un procedimiento penal, como pena sustitutoria de la privación de libertad o como medida de seguridad, se valorará también la naturaleza y gravedad del delito cometido.

Si se trata de extranjeros de segunda generación, esto es, que han nacido o vivido la mayor parte de sus vidas en el país del que van a ser expulsados, la medida de expulsión se ve agravada por el nulo vínculo entre la persona y el país al que se le va a expulsar, generando problemas de desarraigo. De aquí que haya jueces que defienden -no es la doctrina del Tribunal Europeo- que los inmigrantes de segunda generación deberían ser asimilados a todos los efectos a los nacionales, resultando así imposible su expulsión.

La medida de expulsión encuentra un límite en el artículo 3 del Convenio y en el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que nadie puede ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra una grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos.

#### *12.ª Protección del derecho al respeto a la vida familiar de los extranjeros por medidas adoptadas por los Estados*

El respeto al derecho de la vida familiar supone también la necesidad de que los Estados adopten medidas que posibiliten el ejercicio efectivo del derecho, como el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos establecido judicialmente cuando los cónyuges están separados o la posibilidad de investigación de datos sobre el origen de una persona.

#### *13.ª La reagrupación familiar*

Para que el extranjero disfrute de su vida familiar es necesario que el derecho a la reagrupación familiar sea un derecho efectivo.

La Unión europea establece el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias -cualquiera que sea su nacionalidad- a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

La reagrupación familiar supone la entrada y residencia en un Estado miembro de la familia de un nacional de un tercer país que reside legalmente en dicho Estado con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante.

La reagrupación familiar está considerada por la normativa europea y española como un derecho fundamental de los extranjeros derivado de la



protección del derecho a vivir en familia. Se aplica siempre a los miembros de la familia nuclear. En el caso de matrimonio poligámico, permitido a los musulmanes, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él, no se autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge con base en el respeto al orden público y, en concreto, a la dignidad de la mujer.

Este derecho ha de conjugarse con el derecho de los Estados de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio, por lo que el alcance de la obligación de los Estados de admitir en el territorio a familiares de inmigrantes dependerá de la situación de los interesados y del interés general.

#### *14.ª Reivindicación de la vida familiar en casos de guarda y custodia*

El artículo 8 incluye el derecho de los padres a que se adopten las medidas necesarias que les permitan reunirse con sus hijos cuando se incumple el régimen de visitas acordado judicialmente, y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas.

Así, los Estados deben tomar las medidas adecuadas para facilitar el encuentro entre padres e hijos en casos de distanciamiento, reconociendo el Tribunal, frente a las críticas por retraso, que estos encuentros exigen unos preparativos, y considerando para decidir de forma adecuada a las personas implicadas, y sobre todo el interés superior del menor.

La adecuación de la medida deber ser juzgada por la rapidez en su aplicación, pues el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irreparables para las relaciones entre el niño y el progenitor con el que no vive, sobre todo en los casos de sustracción del menor por uno de sus progenitores.

#### *15.ª Reconocimiento de derechos a los extranjeros en España*

Los extranjeros gozan en España de los derechos fundamentales y libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución Española, en los términos que establezcan los tratados y la ley, de forma que la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos depende del concreto derecho afectado.

Así, son titulares de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana que, en consecuencia, se reconocen a cualquier persona independientemente de su nacionalidad y de la situación legal en que se

encuentren, esto es, también a los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España. Son los derechos a la vida y a la integridad física y moral; a la libertad ideológica, religiosa y de culto; a la libertad y a la seguridad; a la intimidad; a la reunión y asociación; a la tutela judicial efectiva; a la asistencia jurídica gratuita; a la educación; a la sindicación y a la huelga; y a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por otro lado, hay derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según los tratados y leyes, siendo admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Son, por ejemplo, el derecho de entrada y residencia, el derecho al trabajo, a la asistencia sanitaria y a percibir una prestación por desempleo.

Y por último, hay derechos que no pertenecen a los extranjeros como el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos (artículo 23 de la Constitución). Son derechos cuyo ejercicio está vinculado a la nacionalidad. Solo atendiendo a criterios de reciprocidad se puede reconocer a los extranjeros, por tratado o ley, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Por ello, este derecho queda condicionado al lugar de nacimiento, no siendo determinante el hecho de residir de forma estable en un determinado lugar.

### *16ª. La libertad religiosa del inmigrante*

Desde la Constitución de 1978, el Estado español es aconfesional y garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las Comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Es un derecho que corresponde a toda persona; también, pues, a los extranjeros en España y en las mismas condiciones que los españoles.

Las manifestaciones del ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros son respetadas por nuestro ordenamiento jurídico, como el uso del velo islámico y otros símbolos religiosos, la existencia de lugares de culto, el respeto a los ritos mortuorios, la reserva de espacio para construir templos y cementerios, y la adopción de las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo la dependencia de los poderes públicos.

### *17.ª La residencia legal en España y la obtención de la nacionalidad española*

La obtención de un permiso de residencia por el extranjero le faculta para obtener un permiso de trabajo, que es uno de los objetivos prioritarios de los inmigrantes, y, tras el cumplimiento de los plazos que establece el Código Civil (10, 5, 2 o 1 año, según los casos) y la acreditación de buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española, la nacionalidad.

La adquisición de la nacionalidad por residencia exige que el tiempo de permanencia en España sea legal, continuado e inmediatamente anterior a la solicitud. Ha de ser, en consecuencia, una residencia efectiva, que se manifiesta en la fijación del domicilio así como en la vinculación al territorio en cuanto medio de vida y desarrollo de las relaciones, entre otras, personales, familiares, sociales y administrativas.

La buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española son conceptos jurídicos indeterminados que precisan de la concreción adecuada a cada caso. La «buena conducta cívica» debe ser apreciada mediante el examen de la trayectoria personal del solicitante considerada en su conjunto y no en relación a un periodo de tiempo determinado, sin que pueda identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales. Y el «suficiente grado de integración en la sociedad española» exige la adaptación a la cultura y al estilo de vida en España. Aunque la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento de un idioma, el uso de la lengua propia de una comunidad es un elemento relevante para valorarla, por cuanto la lengua es el principal instrumento de comunicación entre las personas. Se exige, pues, que los solicitantes de nacionalidad conozcan nuestra lengua, al menos a un nivel que les permita entenderla y hablarla.

La obtención de la nacionalidad española por residencia es un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía del Estado, ya que conlleva el otorgamiento de una cualidad que supone el reconocimiento de los derechos políticos del artículo 23 de la Constitución, antes vedados.

### *18.ª La reagrupación familiar en España*

Nuestra legislación, en cumplimiento de lo dispuesto por la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación

familiar, regula la reagrupación familiar no como un privilegio sino como un derecho de quienes, siendo nacionales de un tercer país, residen legalmente en el territorio de otro Estado, para reunir con ellos a determinados miembros de su familia y poder desarrollar su vida familiar.

La autorización de reagrupación familiar es la regla general, de modo que las condiciones previstas en dicha Directiva y en la ley de extranjería deben interpretarse de forma restrictiva, y las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger a la familia y respetar la vida familiar.

### *19.ª Familiares reagrupables*

La Ley de extranjería reconoce el derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a reagrupar con ellos a estos familiares:

1. El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley.

La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España. Y en el caso de matrimonios polígamos, no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

2. Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años, o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Los hijos han de ser menores de edad a la fecha de inicio del expediente, y cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que este ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo.

3. Los menores de dieciocho años y los mayores de esta edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

4. Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones.

El Tribunal Supremo, en una interpretación extensiva y favorable a los derechos de los inmigrantes, ha entendido que, a efectos de exención de visado para obtener un permiso de residencia entre personas no previstas en la ley, cabe la reagrupación siempre y cuando esté dirigida a la convivencia, no siendo suficiente la mera ayuda económica. Por ejemplo: hijos mayores de edad con su padres; hermanos, tanto si alguno de ellos tiene nacionalidad española, como si solo es residente legal; o padres extranjeros con su hijo español, porque ha nacido en España y la legislación de sus padres no le atribuye una nacionalidad.

## *20.ª La expulsión del extranjero del territorio español*

La expulsión es la sanción más característica y específica en materia de extranjería. Consiste en la salida del extranjero del territorio nacional en virtud de una orden gubernativa o judicial con base en el derecho del Estado de no admitir la presencia de extranjeros que de alguna forma atenten al orden establecido necesario para la convivencia.

Supone una limitación a la libertad de circulación y elección de residencia e implica la necesidad de que la permanencia en el territorio sea legal o lo haya sido en algún momento anterior.

Debe adoptarse con respeto a unas garantías como la publicidad de las normas, la audiencia del interesado, la contradicción y la motivación de las resoluciones.

La medida de expulsión puede adoptarse en un procedimiento administrativo o en un procedimiento judicial. Y en este caso como pena sustitutoria de una pena privativa de libertad o como medida de seguridad.

## *21.ª La expulsión como pena sustitutoria de una pena privativa de libertad.*

Para que la expulsión se adopte como pena sustitutoria de una pena privativa de libertad deben cumplirse los siguientes requisitos:

- los extranjeros no deben ser residentes legales en España.
- la pena privativa de libertad debe ser inferior a seis años. A instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, se puede acordar la sustitución si la pena de prisión es igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena o haya alcanzado el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- no cabe la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión si se trata de delitos relacionados con la inmigración ilegal, pues en estos casos la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.
- el periodo de efectividad de la expulsión es de cinco a diez años, lo que permite la individualización de la medida valorando la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

## *22.ª La expulsión como medida de seguridad*

También puede adoptarse la expulsión como medida de seguridad en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España que hayan cometido un hecho previsto como delito, castigado con pena no privativa de libertad, y que del mismo y de las circunstancias personales del extranjero pueda preverse un comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. En estos casos, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años desde la fecha de la expulsión.

### *23.ª La expulsión como medida administrativa*

La expulsión como medida administrativa se adopta, en sustitución de la sanción de multa, cuando el extranjero ha cometido alguna infracción calificada como grave o muy grave.

Si se trata de residentes de larga duración debe tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España, los vínculos creados, su edad y las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

Estos criterios permiten valorar el arraigo familiar de los extranjeros. El Tribunal Supremo ha admitido que la suspensión de una medida de expulsión procede, siempre que no genere un singular perjuicio al interés general, cuando la persona afectada tiene arraigo suficiente en España por razón de sus lazos familiares, sociales o económicos. La razón de ello es clara: le produciría unos perjuicios de índole personal de difícil reparación. Y ello con base no en el artículo 8 del Convenio sino en el artículo 39.1 de la Constitución, que dispone, como uno de los principios rectores de la política social y económica, que «*Los poderes públicos aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia*».

### *24.ª El matrimonio de conveniencia*

La figura de los matrimonios de conveniencia no es nueva en la historia de nuestra cultura ni en la historia de la Iglesia. Supone la utilización fraudulenta de la institución matrimonial para conseguir unos beneficios derivados de la misma pero ajenos a su propia identidad. Por ello, atenta al concepto y al significado de la institución matrimonial y al respeto de la vida familiar.

Es novedoso el aumento considerable que estos matrimonios han experimentado durante los últimos años en los países de la Unión Europea, debido fundamentalmente al fenómeno inmigratorio irregular: a través de la celebración fraudulenta del matrimonio se pretende lograr la nacionalidad o la residencia legal en los países comunitarios europeos.

En nuestra legislación, el extranjero nacional de un tercer Estado que sea cónyuge de un ciudadano español goza del derecho a residir en España, siempre que los cónyuges no estén separados de derecho. Además, bastará el tiempo de residencia de un año para la persona que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española, y no estuviere separado legalmente o de hecho (si no se estuviere casado serían necesarios 10, 5 o 2 años, según los casos). Finalmente, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a su cónyuge siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley (también a la persona con la que mantenga una relación de afectividad análoga).

### *25.ª Nulidad del consentimiento en el matrimonio de conveniencia.*

El consentimiento es un elemento esencial del matrimonio del que depende no solo su validez sino también su existencia.

El consentimiento prestado en el matrimonio de conveniencia es un consentimiento simulado porque los contrayentes se unen excluyendo asumir las finalidades, propiedades o elementos esenciales del matrimonio.

Es difícil constatar con la certeza jurídica necesaria la ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial, pues es raro que existan pruebas directas de la voluntad simuladora. De aquí que se acuda al sistema de las presunciones judiciales.

Probado que el consentimiento es simulado, el matrimonio es nulo de conformidad con el artículo 45 del Código Civil, que dispone: «*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*».

La acción para pedir la nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella.

### *26.ª La reacción legal contra los matrimonios de conveniencia*

En nuestra legislación y en la legislación comunitaria está previsto que no se concederá, no se renovará o se revocará el permiso residencia por razón de matrimonio si consta que es de conveniencia. Asimismo, se podrá



denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar si se demuestra que el matrimonio es de conveniencia o fraudulento por otra causa.

En dichas legislaciones se recogen algunos factores que permiten descubrir que el matrimonio es de conveniencia, como, por ejemplo, el no mantenimiento de vida en común; la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, se equivoquen sobre sus respectivos datos o sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el desconocimiento de una lengua comprensible para ambos; la entrega de dinero para que se celebre el matrimonio, a excepción de la dote, cuando sea una practica normal en sus países de origen; y la constancia en el historial de uno de los cónyuges de matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

Estos factores pueden desprenderse de la entrevista personal que, para la obtención del visado, se realiza con el solicitante para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada.

Desde el punto de vista administrativo, contraer matrimonio o simular relación afectiva análoga con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia constituye, según la Ley extranjería, una infracción grave sancionada con multa de 501 a 10.000 euros.

En el ámbito penal, nuestra legislación no tipifica como delito el contraer matrimonio persiguiendo unos fines ajenos a los propios de la institución matrimonial. Sin embargo, sí tiene consecuencias penales autorizar un matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente (artículo 219.1 del Código penal), lo que significa que comete delito el autorizante cuando tiene conocimiento de que el consentimiento es simulado o no es válido.

Por su parte, si se ha adquirido la nacionalidad española por la vía de la residencia legal durante un año al ser cónyuge de una persona de

nacionalidad española y el matrimonio resulta de conveniencia, el Código Civil establece como sanción la nulidad de tal adquisición.

### *27.ª Matrimonio de conveniencia y Registro Civil*

Ante los matrimonios de conveniencia el encargado del Registro Civil debe actuar con respeto a la presunción general de buena fe y al *ius connubii*, como derecho fundamental de la persona.

Antes de la celebración del matrimonio se tramita ante él, con carácter general, el expediente previo, que incluye la realización de una audiencia reservada y por separado a los cónyuges, en la que examina sus intenciones. Esta audiencia es un trámite esencial del que no se debe prescindir, ni cumplir formulariamente, pues permite deducir la voluntad simulatoria de los futuros contrayentes y, por tanto, no autorizar el matrimonio.

Después de celebrado el matrimonio, es posible la denegación de su inscripción en el Registro si de los documentos presentados o de los asientos del Registro consta que el matrimonio no reúne los requisitos de validez exigidos por el Código Civil. Salvo el matrimonio civil celebrado en territorio español cuya acta será la propia inscripción, esta se practica con la certificación eclesiástica si se trata de un matrimonio canónico y con la certificación de la Iglesia o Confesión si se trata de matrimonio celebrado en otra forma religiosa. En este último caso, el encargado del Registro Civil instruye el expediente previo a la celebración del matrimonio, que finaliza con la expedición de la certificación acreditativa de la capacidad matrimonial. (Como el matrimonio islámico puede celebrarse sin obtener dicha certificación, el encargado, antes de inscribirlo, debe comprobar que los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad que establece el Código Civil).

Si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero según la ley del lugar de celebración, se inscribirá en nuestro Registro con la certificación expedida por la autoridad o funcionario del país de celebración, salvo que el encargado tenga dudas acerca de la realidad del hecho o de su legalidad conforme a la ley española. Tras la calificación de la certificación extranjera y las declaraciones complementarias (que persiguen los mismos fines que la audiencia personal, reservada y por separado de los cónyuges

en el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes es extranjero) puede denegarse la inscripción si se deduce que el matrimonio es simulado por perseguir fines ajenos a la institución matrimonial.

Si no hay certificación de la autoridad o funcionario del país de celebración, se exige la tramitación de un expediente en el que se acredita la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimento, lo que permite también examinar si el consentimiento es un verdadero consentimiento matrimonial.

No se inscribirán los matrimonios que sean contrarios al orden público español como, por ejemplo, los matrimonios poligámicos, los matrimonios de niños o los serviles.

## *28.ª Matrimonio canónico de conveniencia*

El matrimonio canónico produce efectos civiles desde su celebración, ya que crea un vínculo jurídico entre los cónyuges, por el que se adquiere el estado civil de casado, que es el fundamento de los demás derechos y obligaciones existentes entre ellos. De aquí que sea utilizado por los extranjeros que quieren obtener beneficios en materia de extranjería y nacionalidad.

El matrimonio canónico es *«La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole [...]»* (artículo 1055 del Código de Derecho Canónico) y tiene su origen en el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles.

El consentimiento matrimonial válido es el que se presta para aceptar el matrimonio y sus propiedades esenciales, que son la unidad y la indisolubilidad.

El consentimiento matrimonial simulado es el que presta uno o ambos contrayentes excluyendo «con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio, o una propiedad esencial», esto es, excluyendo el matrimonio mismo o el bien de los cónyuges, la prole, la unidad o la indisolubilidad.

### *29.ª Nulidad del consentimiento matrimonial y, por tanto, del matrimonio canónico*

Cuando la voluntad de los contrayentes solo tiene por objeto celebrar la ceremonia nupcial para acogerse después a los beneficios derivados de la legislación de extranjería y nacionalidad está excluyendo el matrimonio mismo. Hay, por lo tanto, una simulación total del consentimiento, que hace inválido el matrimonio.

La intención simulatoria de uno o de ambos cónyuges ha de ser susceptible de prueba en el fuero externo para superar la presunción de concordancia entre el signo nupcial externo y el consentimiento interno de las partes. Para ello, además de acudir a los clásicos medios de prueba como las declaraciones de las partes y de los testigos, la prueba pericial y la documental, se tomarán en cuenta las circunstancias antecedentes, concomitantes y sucesivas a la celebración de las nupcias, pues la verdadera voluntad se manifestará en hechos y conductas concretas.

Para declarar la nulidad de un matrimonio, se requiere en el ánimo del juez certeza moral de esa nulidad, que adquirirá con la valoración conjunta de todas las pruebas, según su conciencia.

En los procesos de nulidad hay que tener presente el principio del *favor iuris* recogido en el canon 1060: el matrimonio goza del favor del derecho; por lo que, en la duda, se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario.

### *30.ª Medidas adoptadas para evitar los matrimonios de conveniencia*

A diferencia de otros matrimonios religiosos, las personas que desean celebrar matrimonio canónico no tienen que acudir al Registro Civil para tramitar el expediente previo, sino a su parroquia para que se les instruya el expediente matrimonial, con la finalidad de que conste que nada se opone a su válida celebración. De esta forma, el párroco, mediante el examen de los contrayentes y los testigos, puede conocer la verdadera voluntad matrimonial.

Distintas Diócesis españolas, preocupadas por el aumento de matrimonios de conveniencia, han adoptado una serie de medidas para evitar el uso fraudulento del matrimonio canónico. Por ejemplo, exigir que

los documentos como la partida de bautismo sean autenticados por el Obispado correspondiente; tramitar los expedientes en la Notaría de Matrimonios con la intervención del Promotor de Justicia para que revise toda la documentación; o solicitar la documentación canónica de Obispado a Obispado para evitar falsificaciones.

Si pese a estas cautelas se celebra un matrimonio de conveniencia, los cónyuges y el promotor de justicia, cuando la nulidad ya se ha divulgado si no es posible o conveniente su convalidación, pueden solicitar la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial (canon 1674).

### *31.ª Eficacia civil de resoluciones canónicas*

En el caso de que se declare nulo un matrimonio por exclusión del matrimonio mismo, se debe advertir que la cooperación del Estado con la Iglesia Católica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre la nulidad del matrimonio o la decisión pontificia sobre el matrimonio rato y no consumado, debiendo éstas someterse a un juicio de homologación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código civil.

Debe rechazarse la necesaria identidad total entre las causas civiles y canónicas, pues no cabe imponer que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa y sus actos jurídicos a nuestro ordenamiento. Es suficiente con que el contenido de la resolución canónica no entre en contradicción con los conceptos jurídicos y las disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal de manera que se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español.

En el supuesto de homologación de la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, la declaración de ajuste no puede suponer una revisión del fondo, pues el contenido sustantivo de la resolución canónica no se contempla en nuestro derecho: el control tendrá como único objeto la no colisión de la resolución canónica con el orden público interno.

La resolución civil que otorga eficacia civil a la resolución canónica se pronuncia únicamente sobre la homologación, acordándola o no, pero no debe hacer ninguna declaración complementaria sobre otros eventuales

contenidos de la resolución canónica, como por ejemplo el veto a un nuevo matrimonio canónico.

El divorcio y la declaración de nulidad no son resoluciones inconciliables, porque sus consecuencias jurídicas no se excluyen recíprocamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de su nulidad.

### *32.ª El derecho a la libertad religiosa de los menores extranjeros en España*

El menor extranjero es titular del derecho constitucional a la libertad religiosa en igualdad de condiciones con los menores españoles y como garantía imprescindible de la dignidad humana. Este reconocimiento es uno de los aspectos necesarios para el desarrollo idóneo e integral de la vida de familia de los menores y de sus progenitores.

Según la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben respetar este derecho del niño, y, según la Ley de Protección Jurídica del Menor, los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral. De esta forma, el papel de los padres o tutores evolucionará desde su función decisoria en los primeros años de vida (eligen para sus hijos la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones) hasta llegar al carácter orientador cuando el niño alcance la adolescencia (guían al menor y cooperan con él en el ejercicio de este derecho cuando tenga madurez suficiente).

No obstante, el respeto a la libertad del menor maduro encuentra un límite si la opción elegida por él es perjudicial para su interés, esto es, no contribuye a su formación y desarrollo completo y puede suponer algún peligro, como, por ejemplo, si es captado por alguna secta. En estos casos, los padres pueden ejercer su autoridad, recurriendo incluso a la intervención de la autoridad judicial.

### *33.ª La libertad religiosa en el ámbito educativo*

Los poderes públicos deben garantizar el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, incluidos los padres extranjeros.

El Tribunal de Derechos Humanos ha declarado que el respeto a las convicciones culturales o religiosas no puede servir para apoyar la reclamación de un derecho subjetivo a obtener la exención de aquella enseñanza que se considera contraria al ideario personal.

La educación religiosa o ideológica de los hijos corresponde a los dos progenitores conjuntamente y en condiciones de igualdad durante el matrimonio y en caso de disolución. Si hay conflicto entre los cónyuges, esto es, cuando uno no quiera para el hijo la religión sobre la que existía un acuerdo en el momento de la celebración del matrimonio o intenta cambiarla por otra, decidirá la autoridad judicial con base en el interés del menor.

Los menores serán educados con respeto a sus convicciones religiosas. Por ello, la religión será de oferta obligatoria para los centros docentes y de carácter voluntario para los alumnos.

El uso del velo islámico, como manifestación de una creencia religiosa, no debe prohibirse en los centros docentes por no ser contrario al ejercicio de las libertades y derechos de los demás, ni a la salvaguardia de la seguridad, la salud y la moralidad pública.

Los centros públicos, presididos por el principio de neutralidad religiosa del Estado, no deben identificarse con unas determinadas creencias religiosas. En relación con el crucifijo, los Tribunales españoles se han pronunciado de forma no coincidente (incluso puede entenderse de forma contradictoria). Por un lado, han entendido que la simple colocación de un crucifijo en las aulas no puede entenderse como un acto de proselitismo, salvo que vaya acompañado de un adoctrinamiento explícito más intenso, y por otro, que su presencia en aulas en las que se imparte enseñanza a menores que se encuentran en plena fase de formación de su personalidad vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y la libertad religiosa.

### *34.ª La libertad religiosa y el derecho a la vida y a la salud*

La diversidad introducida por la inmigración religiosa nos adentra en algunas cuestiones de objeción de conciencia. Se debe respetar la decisión del adulto capaz de no someterse a un tratamiento médico que sea contrario a sus convicciones religiosas, salvo que perjudique derechos o intereses ajenos, como, por ejemplo, si tiene hijos menores que dependen económica, educativa y afectivamente de él. Y ello con base en los

derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física, ya que la negativa al tratamiento es considerada como una oposición a la injerencia ajena sobre el propio cuerpo.

Cuando un menor o sus padres se oponen por motivos de conciencia a un determinado tratamiento médico imprescindible para salvar su vida o evitar un grave daño a su salud, el juez se subrogará en la facultad que naturalmente corresponde a los padres sobre los hijos menores y autorizará dicho tratamiento.

A nuestros Tribunales, la única modalidad de esta objeción de conciencia que ha llegado es la relativa a las transfusiones sanguíneas y a los Testigos de Jehová.

No debería exigirse responsabilidad penal a los padres que, por impedírselo sus convicciones religiosas, no consienten el tratamiento que puede salvar la vida de su hijo siempre que, como dice el Tribunal Constitucional, se aquieten ante la decisión judicial que autoriza la transfusión.

### *35.ª La libertad religiosa y el derecho a la integridad física. Las mutilaciones genitales femeninas*

Las mutilaciones genitales femeninas son prácticas ancestrales, consideradas por las Naciones Unidas como actos de violencia física, sexual y psicológica, que se causan a las niñas en el seno de sus familias por razones culturales y religiosas.

En defensa de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad física y a la vida, estas prácticas no deben permitirse aunque su prohibición colisione con el respeto a las diferentes culturas o a la libertad religiosa de sus padres.

En España, estas prácticas están tipificadas como delito y castigadas con pena de prisión de seis a doce años e incluso, si el juez lo estima adecuado al interés de la menor, con inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

Muchas actuaciones judiciales han sido preventivas en el sentido de prohibir que las menores salgan de nuestro territorio con sus padres a sus países de origen, en muchos casos Gambia o Nigeria, para evitar que se les practicara la ablación genital o declarar en situación de desamparo



preventivo a una menor con el efecto de suspensión del ejercicio de la patria potestad de la madre.

El fundado temor a sufrir estas prácticas por sus familiares y, por ello, la huida de sus países de origen, ha dado lugar al reconocimiento del derecho de asilo.

### *36.ª La libertad religiosa y los matrimonios forzados*

En la mayoría de las legislaciones del mundo occidental y en la legislación canónica, el derecho a contraer matrimonio y la elección del cónyuge se basa en la libertad personal. Cuando el consentimiento se presta bajo coacción o miedo estamos ante un matrimonio forzado. Este tipo de matrimonio se da con frecuencia con menores de edad en países de África y del Sudeste asiático, sobre todo en áreas rurales y pobres. En Europa pueden darse debido a la inmigración.

Concretamente, en España, pueden darse estos matrimonios dentro de las comunidades de raza de gitana, ya que pueden celebrarse con menores de edad y con personas no elegidas por los cónyuges. Este matrimonio no produce efectos civiles, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al estado civil de las personas y la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

El Tribunal Supremo ha declarado que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse vulnera de forma grave sus derechos humanos y, por lo tanto, debe ser calificada como una de las persecuciones sociales consideradas causa de asilo. En muchos de estos casos, la mujer se ha visto sometida a la práctica de la ablación genital como paso previo a un matrimonio no deseado.

### *37.ª Los menores extranjeros no acompañados*

Es muy frecuente la existencia de menores de edad no acompañados en los grupos de inmigrantes que llegan a nuestro territorio de forma ilegal. Estos menores se encuentran en una situación de desprotección y desarraigo familiar, cultural y social que exige que sean protegidos con independencia de su nacionalidad y de su condición de inmigrantes ilegales, primando el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Su situación se equipara a una situación de desamparo, por lo que los servicios de protección de menores asumirán su tutela, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

### *38.ª La protección de los menores extranjeros no acompañados*

Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado localizan a un extranjero menor de edad o cuya minoría no pueda ser establecida con seguridad, lo podrán a disposición de los servicios de protección de menores, que le darán la atención que precise y lo comunicarán al Ministerio Fiscal.

Si la minoría de edad no está clara, el Ministerio Fiscal incoará las diligencias necesarias para su determinación mediante pruebas médicas como la exploración, el examen osométrico y el estudio de la dentición. Estas pruebas, como establece el Tribunal Constitucional, deben realizarse por personal sanitario, con respeto a la dignidad de la persona y no han de crear un riesgo o causar un quebranto para su salud.

En caso de duda a la hora de fijar la edad, deberá tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas. Durante el tiempo que duren las mismas, el extranjero debe ser tratado a todos los efectos como menor de edad.

Fijada la minoría de edad, la Administración del Estado inicia un procedimiento en el que se solicita informe a la representación diplomática de su país de origen sobre las circunstancias familiares del menor, al Ministerio Fiscal y a los servicios de protección de menores. Recibidos y oído el menor, si tuviera suficiente juicio, la Administración acordará, atendiendo al interés superior del menor, la repatriación a su país de origen o su permanencia en España.

### *39.ª La repatriación del menor extranjero no acompañado*

Con base en el derecho del niño de crecer en el seno de su familia para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño), la Administración procurará la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar, o, en su caso, a los servicios de protección de su país de origen, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela.

La resolución que acuerda la repatriación puede ser objeto de impugnación por los interesados, quienes, igualmente, podrán solicitar la

adopción de medidas cautelares dirigidas a su suspensión. La concesión por los Tribunales de estas medidas se supedita a que la ejecución del acto, esto es, la repatriación del menor y por tanto, su salida de España, pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima si finalmente las pretensiones fueran estimadas.

#### *40.<sup>a</sup> La permanencia del menor en España*

La repatriación no es un objetivo que haya de perseguirse a toda costa aun en el caso de haberse localizado a la familia del menor. El interés superior de este puede aconsejar la no conveniencia de su regreso y, por lo tanto, su permanencia en España. Para valorarlo se tiene en cuenta, entre otras circunstancias, su situación en España (en el sentido de si está solo o tiene familiares o amigos ya instalados aquí), la adaptación y seguimiento de cursos de formación que puedan garantizarle una vida mejor, y si sufre una situación complicada en su familia de origen (malos tratos, pobreza extrema, etc.).

En estos casos, se otorga al menor una autorización de residencia, que se renovará cuando alcance la mayoría de edad si la solicita, para lo que se tendrá en cuenta el grado de inserción en la sociedad española, que se valorará con los informes positivos referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que estuviera realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo.

## FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS Y DOCUMENTALES. RECURSOS ELECTRÓNICOS

Las fuentes aparecen citadas según las directrices establecidas por la Universidad Carlos III de Madrid, con base en la norma ISO 690-1987 y su equivalente UNE 50-104-94 sobre los criterios a seguir para la elaboración de referencias bibliográficas. (Disponible en Web: <http://www.uc3m.es/biblioteca/GUIA/citasbibliograficas.html>.)

A ellas se remite el documento «Como elaborar un trabajo académico», en su punto 6 «Cómo citar», de esta Universidad. (Disponible en Web: <http://biblioteca.ucm.es/prog/galeriacat.php>)

### BIBLIOGRAFÍA

#### Monografías:

- AGUDO ZAMORA, Miguel Jesús. *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Córdoba: Servicios editoriales de la Universidad de Córdoba, 2001.
- ALÁEZ CORRAL, Benito. [Minoría de edad y derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2003.](#)
- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia*. Décima Edición. Edisofer, S.L., 2006.
- ÁLVAREZ CORTINA, Andrés Corsino; RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (coords.). *La religión en la ciudad. Dimensiones jurídicas del establecimiento de lugares de culto*. Granada: Comares, 2012.
- ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa (coord.) *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Granada: Comares, 2009.
- ARRESE IRIONDO, María Nieves. *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*. Bilbao: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2011.
- ARRIAGA IRABURU, Inés. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Pamplona: Eunsa, 2003.

- AZNAR GIL, Federico: *Derecho matrimonial canónico*, Vol. II. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2002.
- BAÑARES, Juan Ignacio (dir.): *Simulación matrimonial en el derecho canónico*. Eunsa, 1994.
- BLANCO, Cristina. *Migraciones. Nuevas modalidades en un mundo en movimiento*. Anthoropos. 2006.
- BRIONES MARTINEZ, Irene M<sup>a</sup>. *El factor religioso y las autonomías*. Granada: Comares, 2011.
- Idem: *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Idem: *Las causas de nulidad del consentimiento para conyugarse. Un estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de Derecho Canónico y de Derecho Civil*. Granada: Comares, 2012
- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 2010.
- BUENO SALINAS, Santiago; CAÑIVANO SALVADOR, Miguel Ángel. *Legislación y formularios comentados de Derecho matrimonial y procesal canónico*. Barcelona: Atelier, 2002.
- Idem: *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*. XVI. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia, 2004.
- CABALLERO GEA, José Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: calumnias e injurias: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- CALLEJO DE PAZ, Rufino: *Persona e Institución. El derecho al matrimonio en el canon 1060*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2004.
- CALVO BABIO, Flora. *Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. *Derecho de familia internacional*. 3ª Edición. Colex, 2005.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dir.). *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004.
- CAMARERO SUÁREZ, María Victoria. *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*. Madrid: Tecnos, 2000.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*. Pamplona: Aranzadi, 2005.
- CASADEVALL, Josep. *El convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- CASTRO JOVER, Adoración. *La simulación unilateral en el sistema matrimonial español*. Universidad de Valladolid, 1987.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico del derecho civil*. Volumen X. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.
- DE LUCAS, Javier; DIEZ BUESO, Laura. *La integración de los inmigrantes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- DIEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson-civitas, 1993.
- DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia y derecho de sucesiones*. Décima Edición. Madrid: Tecnos, S.A., 2006.
- DOMINGO GUTIÉRREZ, María (ed.). *Educación y religión: una perspectiva de derecho comparado*. Granada: Comares, 2008.

- EISSEN, Marc-Andre. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1998.
- ELÍAS MÉNDEZ, Cristina. *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- ESPINAR VICENTE, J.M.: *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*. Universidad de Alcalá de Henares, 2008.
- Idem: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 1996.
- FALQUER, L. *Las Políticas familiares en una perspectiva comparada*. Barcelona: Colección Estudios Sociales. Fundación “La Caixa”, 2000.
- FERNÁNDEZ CASTAÑO, José M<sup>a</sup>. *Legislación matrimonial de la Iglesia*. Salamanca: Editorial San Esteban, 1994.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José; MORENILLA ALLARD, Pablo. *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*. Editorial Bosch, S.A., 1999.
- GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, 2010.
- GARÍN, Pedro María. *Temas de Derecho Eclesiástico del Estado. La religión en la comunidad política desde la libertad*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio (coord). *Inmigración, familia y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- GARCÍA FAILDE, Juan José. *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, 2<sup>a</sup> Edición. Salamanca: Publicaciones de la Universidad Pontificia, 2007.
- Idem: *La instrucción Dignitas Connubii a examen*. Salamanca: Publicaciones de la Universidad Pontificia, 2006.
- GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas, 2010.

- GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel. *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*. Madrid: Colex, 2008.
- Idem.: *La celebración e inscripción de matrimonios mixtos. Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GÓMEZ-URRUTIA VARGAS, Marina. *La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de derecho*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: *Derecho Eclesiástico Español*. 5ª Edición. Madrid: Civitas, 2002.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús. *Matrimonio en los Estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*. Atelier Libros, S.A., 2003.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La Constitución y su entorno*. Obras Completas. Tomo 7. Madrid: Espasa-Calpe, S.A., 1988.
- IBÁN, Iván; PRIETO SANCHÍS, Luis; MOTILLA, Agustín. *Manual de derecho eclesiástico*. Trotta, 2005.
- JUSTADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel Ángel (Dir.). *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*. Madrid: Colex, 2008.
- QUIRÓS FONS, Antonio. *La familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- LA SPINA, Encarnación; MERINO SANCHO, Víctor. *Limitando derechos: la reagrupación familiar y el asilo por violencia de género*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2012.



- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord). *Los menores en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, 2002.
- LEMA TOMÉ, Margarita. *Laicidad e integración de los inmigrantes*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- LIZARRAGA ARTOLA, Alejandro: *Discursos Pontificios a la Rota Romana*. Pamplona: Eunsa, 2001.
- LÓPEZ ALARCON, Mariano; NAVARRO-VALLS, Rafael. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*. Madrid: Tecnos, 2005.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; GARCIA-COMENDADOR ALONSO, León. *La doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*. Madrid: Dykinson, S.L., 2010.
- Idem: *Derecho de la libertad de conciencia*. Tomo II. 4ª Edición. Madrid: Civitas, S.L., 2011.
- LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, José Luis. *Régimen jurídico catalán de los centros de culto*. Editorial Rasche, 2014.
- MANTECON SANCHO, Joaquín. *El derecho fundamental de libertad religiosa*. Pamplona: Eunsa, 1996.
- MANTUANO, Ginesio. *Consensus matrimoniale e consortium totius vitae*. Macerata: Centro Studi A. Moroni, 2006.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y enseñanza*. Granada: Comares, 2002.
- MARTÍN-PÉREZ DE NANCLARES, José. *La inmigración y el asilo en la Unión europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Madrid: Colex, 2002.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Julio Luis. *Ciudadanía, migraciones y religión: un diálogo ético desde la fe cristiana*. Universidad Pontificia Comillas, 2007.

- MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidad personal y Familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- MORÁN BUSTOS, Carlos; PEÑA GARCÍA, Carmen.: *Nulidad de matrimonio y proceso canónico. Comentario adaptado a la Instrucción Dignitas Connubii*. Dykinson, 2008.
- MORENO BOTELLA, Gloria (dir.). *La enseñanza religiosa evangélica en la Comunidad Autónoma de Madrid*. Madrid: Colex, 2009.
- MOTILLA DE LA CALLE, Agustín (coord). *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- MOTILLA DE LA CALLE, Agustín; LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*. Madrid: Colex, 2002.
- MUÑOZ SABATE, Luis: *Técnica probatoria. Estudios Sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. 4ª Edición. Barcelona: Editorial Praxis, S.A., 1993.
- NAVARRO-VALLS, Rafael. *Matrimonio y Derecho*. Madrid: Tecnos, S.A., 1995.
- NAVARRO-VALLS, Rafael; MARTINEZ TORRON, Javier. *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel, 2012.
- PANIZO ORALLO, Santiago. *El matrimonio a debate hoy. Nulidades en el dos mil*. Madrid: Trivium, 2001.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 8ª Edición. Madrid: Tecnos, 2001.
- Idem: *El derecho a la vida íntima y familiar a la luz del Convenio Europeo de 1950*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

- Idem: *Reagrupación familiar modelos de familia en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el Derecho español; la cuestión de Valencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- PÉREZ MADRID, Francisca. *Inmigración y libertad religiosa: un estudio desde la Ley de extranjería*. Madrid: Civitas, 2004.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*. Valladolid: Lex Nova, 2009.
- PRESNO LINERA, Miguel Angel (coord.). *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- Idem: *El derecho europeo de familia*. Aranzadi, 2008.
- QUIRÓS FONS, Antonio. *La familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- REMIRO BROTONS, Antonio. *Reconocimiento y Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Tecnos, 1974.
- Idem: *Derecho Internacional Público I. Principios Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1982.
- Idem: *Derecho Internacional Público II. Derechos de los Tratados*. Madrid: Tecnos, 1987.
- RIPOL CARULLA, Santiago. *El sistema europeo de protección de derechos humanos y el Derecho español*. Barcelona: Atelier, 2007.
- REVERTE COMA, José M. *Antropología Forense*. Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1991.
- ROCA FERNÁNDEZ, María José. *Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religiosa en el ámbito escolar*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, XI/2007.

- RODRIGUEZ BLANCO, Miguel. *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2000.
- RODRÍGUEZ CHACON, Rafael. *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*. Tesis. Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- RUÍZ MIGUEL, Carlos. *El derecho al a protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1994.
- RUÍZ-RICO RUÍZ, Catalina. *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- SAGARRA TRIAS, Eduard. *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*. Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2002.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Colex, 1995.
- SANZ CABALLERO, Susana. *La familia en perspectiva internacional y europea*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2006.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- SERRANO OCHOBÁ, M<sup>a</sup> Ángeles. *Los procedimientos de derecho de familia y extranjeros: competencia y normativa aplicable*. Barcelona: Bosch, 2009.
- SIEIRA MUCIENTES, Sara. *La objeción de conciencia sanitaria*. Madrid: Dykison, 2000.
- SOUTO PAZ, José Antonio. *Derecho Matrimonial*. Tercera Edición. Marcial Pons, 2007.
- TORRES PEREA, José Manuel. *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, 2009.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia; GOIZUETA VERTIZ, Juana. *La carta de los Derechos*

*Fundamentales de la Unión Europea: materiales de innovación docente.* Navarra: Aranzadi, 2012.

- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable.* Pamplona: Aranzadi, 2006.

-VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, José María; MARTÍN, María del Mar; SALIDO, Mercedes. *Derecho y Religión. Lecciones introductorias de Derecho Eclesiástico Español.* Granada: Comares, 2014.

-VEGA GUTIÉRREZ, Ana María (Coord.) *Religión y Libertades Fundamentales en los países de Naciones Unidas: Textos Constitucionales.* Granada: Comares, 2003.

- VIKKI S. KATZ. *Migración y familia: el papel de los hijos y las hijas en la adaptación de las familias inmigrantes.* Editorial UOC. Aresta, 2011.

- VILADRICH, Pedro Juan. *Agonía del matrimonio legal: una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio.* Universidad de Navarra, 1984.

- Idem: *El pacto conyugal.* Documentos del Instituto de Ciencias para la familia. Rialp, 1991.

- Idem: *Agonía del matrimonio legal: una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio.* Pamplona: Eunsa, 1997.

- Idem: *El consentimiento matrimonial.* Pamplona: Eunsa, 1998.

- Idem: *El ser conyugal.* Documentos del Instituto de Ciencias para la familia. Rialp, 2001.

- Idem: *El modelo antropológico del matrimonio.* Madrid: Rialp, 2001.

### **Partes de Monografía:**

- BELLOCH JULBE, Juan Alberto. “La prueba indiciaria”. En: *La sentencia penal.* Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 1992.

- BRIONES MARTÍNEZ, Irene María. “Análisis general de la normativa estatal y autonómica sobre inmigración en España. Inmigración, Cultura y Factor Religioso”. En: *Cuadernos Prácticos*. Grupo Difusión, 2007.
- Idem: “La labor de la Santa Seda en la ayuda al desarrollo”. En: MARTIN, María del Mar; SALIDO LÓPEZ, Mercedes; VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, José María (eds.). *Actas del III Simposio Internacional de Derecho concordatario: “Iglesia Católica y relaciones internacionales”*. Granada: Comares, 2008. pp. 81 a 107.
- Idem: “El interés del menor en casos de custodia. Conflictos culturales y religiosos. La Jurisprudencia en los Estados Unidos de América”. En: AA.VV. *Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro Valls*. Volumen I. Iustel, 2012.
- BORREGO BORREGO, Javier. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Composición y funciones. Distintos tipos de procedimiento. Tramitación”. En: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. nº 5. pp. 11-26.
- CATALÁ RUBIO, Santiago. “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y el uso del velo”. En: MOTILLA DE LA CALLE, Agustín (coord.). *El pañuelo islámico en Europa*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 19-61.
- DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis. “Principios jurídicos naturales del matrimonio contrato, unidad e indisolubilidad”. En: AA.VV. *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Vol. 1. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 1713-1742.
- GARCIA RODRÍGUEZ, Isabel. “La celebración e inscripción de matrimonios mixtos”. En: JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos Bartolomé (coord.); GARCIA RODRÍGUEZ, Isabel (coord.). *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 205-235.
- GONZALEZ BEILFUSS, Cristina. “El reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: BADIA MARTÍ, Anne M<sup>a</sup>; PIGRAU SOLÉ, Antoni; OLESTI RAYO, Andreu (coords.). *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

- GONZÁLEZ DEL VALLE, José María. “La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona”. En: AA.VV. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. 2ª Edición. Pamplona: Eunsa, 1983.
  
- KAPLAN MARCUSAN, Adriana. “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”. En: *La multiculturalidad*. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. 6/2001.
  
- LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel. “El derecho a la vida privada y familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: AA.VV. *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.
  
- MANTECÓN SANCHO, Joaquín. “La libertad religiosa como derecho humano”. En: AA.VV. *Tratado de derecho eclesiástico*. Pamplona: Eunsa, 1994.
  
- NAVARRO-VALLS, R.; MARTINEZ-TORRON, J.; JUSTADO, M.A. “La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y derecho español”. En: AA.VV. *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*. Universidad Complutense de Madrid. Universidad de Navarra. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1989.
  
- PASTOR RIUDREJO, José Antonio. “¿Contradicciones en la práctica y jurisprudencia internacional sobre la prohibición de portar el velo islámico?”. En: BADIA MARTÍ, Ana María; PIGRAU I SOLÉ, Antoni; OLESTI RAYO, Andreu (coords). *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*. Vol. 1, 2009 (El derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo), pp. 477-484.
  
- PUJOL ROBINTAL, Amadeo. “Valoración médico-forense de la edad. Revisión y aspectos actuales”. En: AA.VV. *La problemática de los menores inmigrantes*. Cuadernos Digitales de Formación 10-2009.
  
- QUESADA POLO, Santiago. “La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: AA.VV. *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

- SERRANO POSTIGO, Carmen. “Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”. En: AA.VV. *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*. Madrid: Editorial Universidad Complutense, 1983.
- TARRES CHAMORRO, S. “Religiosidad de los inmigrantes magrebíes; Yines y Chaitanes”. En: ESCARTÍN CAPARRÓS, María José; VARGAS LLOVERA, María Dolores. (eds.). *La inmigración en la sociedad actual. Una visión desde las ciencias sociales*. Alicante, 1999.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración”. En: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dir.) *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Pamplona: Aranzadi, 2006.

#### **Artículos de publicaciones en serie:**

- AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Mariano; GRIEDER MACHADO, Hilda Carmen. “El matrimonio de conveniencia”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2000, núm. 3213, pp. 5-26.
- Idem: “Ius nubendi y orden público internacional”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2000, núm. 1879, pp. 425-447.
- ALÁEZ CORRAL, Benito. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”. *Teoría y realidad Constitución*. 2011, núm. 28.
- ALENDA SALINAS, Manuel. “La libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. 2002, núm. 82, pp. 193-246.
- AMÉRIGO-CUERVO ARANGO, Fernando. “El uso del velo islámico en el Derecho español”. *Laicidad y Libertades*. 2013, núm. 13.
- ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa. “La prohibición del velo islámico, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2013, núm. 32.



- ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel. “La patria potestad y la educación religiosa de los hijos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 2011, núm. 17/Primer Semestre.
- AZNAR GIL, Federico. “Matrimonios de conveniencia y fenómeno migratorio: anotaciones canónicas”. *Iuri canonico quo sit Christi ecclesia felix*. Salamanca Publicaciones, Universidad Pontificia. 2002, pp. 318-418.
- BENEDÍ LAHUERTA, Sara. “La regulación del uso del velo integral. ¿Qué modelo adoptar en España?”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2012, núm. 28.
- BRIONES MARTÍNEZ, Irene María. “La simulación en el matrimonio civil y en el canónico: similitudes y diferencias”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Curso 1993-1994) 84.
- Idem: “Estudio de los Planes de Inmigración en España, con una dimensión europea”. *Anuario de Derechos Humanos*. 2004, Vol. 5, pp. 125-188.
- Idem: “La disciplina y el castigo físico de los menores: del terreno de la conciencia y de la autonomía a la ilegalidad en el Reino Unido”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2007, núm. 15, pp. 1-40.
- Idem: “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia”. *Anuario de Derecho Humanos*. 2009, Vol. 10, pp. 17-82.
- Idem: “Los matrimonios forzados en Europa. Especial referencia a Francia, Dinamarca, El Reino Unido, Alemania y Noruega”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2009, núm. 20.
- Idem: “Los símbolos religiosos como signos de identidad y de discordia. De la libertad de conciencia y expresión del individuo a las tradiciones religiosas de un pueblo”. *Anuario de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2012, XXVIII, pp. 959-1001.

- Idem: “Del diálogo interreligioso al matrimonio interreligioso”. *Revista Española de Derecho Canónico*. 2012, núm. 172, pp. 329-369.
- CALVO-CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”. *Actualidad Civil*, Sección Doctrina. Editorial La Ley. 1998, Tomo 1, p. 129.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. “La Cruz de Estrasburgo. En torno a la sentencia Lautsi v. Italia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2010, núm. 22.
- CHUECA SANCHO, Ángel G. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la extranjería”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. 2004, núm. 7.
- FERNÁNDEZ-CORONADO FERNÁNDEZ, Ana. “Marco comparado de la libertad religiosa en Europa”. *Revista de Derecho UNED*. 2012, núm. 11, pp. 279-316.
- Idem: “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2009, núm. 29, pp. 125-156.
- Idem: “Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2009, núm. 19.
- FERRER ORTIZ, Javier. “La simulación en el derecho matrimonial español. Estudio comparado con el derecho canónico”. *Ius Canonicum*. 1993. XXXIII, núm. 66, pp. 641-712.
- FORNÉS DE LA ROSA, Juan. “La libertad religiosa en España”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2005, núm. 21, pp. 17-38.
- GARCIA RODRÍGUEZ, Isabel. “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”. *Actualidad Civil*, Sección doctrina, Editorial La Ley. 1999, Ref. XXVII, tomo 2, p. 447.
- GARCIMARTIN MONTERO, María del Carmen. “Problemas procesales del reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones matrimoniales

canónicas”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2003. Vol. XIX. p. 233.

- GAS AIXENDRI, Montserrat. “Error determinante de la voluntad y simulación: criterios de delimitación y prueba, con especial referencia a la sacramentalidad del matrimonio”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2008, núm. 18.

- Idem: “La declaración canónica de idoneidad para la enseñanza de la religión católica y su control jurisdiccional por parte del Estado”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2012, núm. 29.

- GUTIERREZ DEL MORAL, María Jesús. “A propósito del velo islámico ¿Es posible una solución intercultural?”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2010, núm. 24.

- JUSTADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel Ángel; CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago. “La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgero contra Noruega. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2007, núm. 15.

- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano. “Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas”. *Anales de derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, 1997, núm. 15.

- LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia. “La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 2012, núm. 21/Primer Trimestre, pp. 157-180.

- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel. “La objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2008, núm. 17.

- Idem: “Restricciones al velo integral en Europa y en España: La pugna legislativa para prohibir un símbolo”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2013, núm. 32.

- LÓPEZ MEDINA, Aurora María. “Detrás del velo. Prohibiciones respecto a las vestimentas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

*Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*. 2011, núm. 26.

- LORENZO SEGRELLES, José Manuel. “Matrimonios internacionales. Análisis de las implicaciones jurídicas de estos enlaces que ya representan un 15 por ciento del total”. *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*. Diciembre de 2007, núm. 47.

- MADRAZO RIVAS, Enrique. “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. El interés superior del niño frente al respeto de la vida familiar”. *Boletín de la Facultad de Derecho*. 2000, núm. 15.

- MARTÍ SÁNCHEZ, José María. “El Islam en España: implicaciones culturales y jurídicas”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2005, núm. 21, pp. 189-216.

- Idem: “Objeciones de conciencia y escuela”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2007, núm. 15.

- Idem: “Conciencia del niño y libertad de enseñanza”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2008, núm. 24.

- Idem: “El «homeschooling» en el derecho español”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2011, núm. 25.

- Idem: “Sobre la naturaleza del matrimonio y sus implicaciones jurídicas”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2011, núm. 26.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. “La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2010, núm. 26, pp. 287-332.

- Idem: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2008, núm. 24, pp. 223-290.

- MARTINEZ TORRON, Javier. “La libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado IX*, 1993.

- Idem: “Una metamorfosis incompleta. La evolución del Derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional”. *Persona y Derecho*. 2001, núm. 45, pp. 199-260.
- Idem: “Principios de la OSCE para la enseñanza sobre las religiones y creencias en las escuelas públicas”. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*. 2008, núm. 16.
- MOLINER NAVARRO, Rosa María. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la L.O. 8/2000 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España”. *Actualidad Civil*. Sección Doctrina, 2001, Tomo 2, 14. Ref. XXI. pp. 487-519.
- MORENO ANTÓN, María. ”La simbología religiosa estática en la jurisprudencia: no solo cuestión de principios”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2013, núm. 32.
- Idem: “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2009, núm. 19, pp.1-37.
- MOYA ESCUDERO, M., “El derecho a la reagrupación familiar en la ley de extranjería”, *La Ley*, 1 de febrero de 2000, núm. 4982, pp. 1-9.
- MÜCKL, Stefan. “Crucifijos en las aulas: ¿lesión a los derechos fundamentales?”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2010, núm. 23.
- MUSOLES CUBEDO, María Cruz. “El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2008, núm. 16.
- NAVARRO-VALLS, Rafael. “El matrimonio concordatorio ante el Derecho español y el Derecho italiano: problemas comunes”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1988.
- Idem: “*Lautsi contra Lautsi*”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2011, núm. 26
- OLMOS ORTEGA, María Elena; REDONDO ANDRÉS, María José. “Formalidades civiles y canónicas para evitar los matrimonios de

complacencia”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. Octubre de 2007, núm. 15.

- ORTIZ, Ana María. “Cirugía contra la barbarie”. *Diario El Mundo*. 18 de mayo de 2008.

- PEÑA GARCIA, Carmen. “Los procedimientos del artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el reconocimiento de eficacia civil a las resoluciones matrimoniales canónicas”. *La ley. Revista de Actualidad Civil*. 2004, núm. 2- 2ª quincena de enero.

- PEÑASCO VELASCO, Rosa. “La nacionalidad de los hijos y nietos de emigrantes, según la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 2003, núm. 581, pp. 5 y ss.

- PUPPINCK, Gregor. “El principio de autonomía de la Iglesia Católica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El caso Fernández Martínez contra España”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2012, núm. 28.

- ROCA FERNANDEZ, María José. “¿La Sharía como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2011, núm. 92.

- ROCA TRÍAS, Encarnación. “Familia, familias y derecho de familia”. *Anuario de Derecho Civil*. 1990, Vol. 4.

- RODRIGUEZ BLANCO, Miguel. “Libertad religiosa y cementerios”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2009, núm. 19.

- RODRÍGUEZ CHACON, Rafael. “Ineficacia civil de la sentencia canónica dictada en rebeldía. ¿Inicio de una innovadora línea jurisprudencia?”. *El Derecho. Diario de Jurisprudencia*. Año IX, número 1666.

- Idem: “Reconocimiento de sentencias y resoluciones canónicas”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 1989, núm. 5, pp. 227-266.

- Idem: “Sentencias matrimoniales canónicas y Unión Europea”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2005, núm. 7.

- RUANO ESPINA, Lourdes. “El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2009, núm. 19.
- RUIZ BURSON, Francisco Javier. “Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2013, núm. 32.
- RUIZ LEGAZPI, Ana. “La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 2012, núm. 21/Primer Trimestre, pp. 213-234.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. “El ejercicio de la libertad religiosa en el sistema de enseñanza desde la reciente jurisprudencia constitucional e internacional”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 2011, núm. 17/Primer Semestre.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María de los Ángeles. “El estatus jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería”. *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*. 2004, núm. 22, pp. 223-237.
- SELMA PENALVA, Alejandra. “La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del art. 57.2 de la Ley orgánica 4/2000, de Extranjería”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. 2013, núm. 33.
- TOLOSA TRIBIÑO, César. “La devolución de extranjeros: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. 2013, núm. 33.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. “Los inmigrantes no comunitarios en la Unión Europea”. *Anuario de Derecho Internacional*. 2000, XVI, pp. 263-344.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. “La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la sentencia de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la L.O. 11/2003”. *Revista Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Cuarto Trimestre-2004, núm. 76.

- VALERO ESTARELLAS, M<sup>a</sup> José. “*Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del Derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 2012, núm. 28.
- VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, José María. “La enseñanza de la religión católica en España: algunos aspectos de sus regulaciones tras la Constitución de 1978”. *Ius Canonicum*. 2005, núm. 89, pp. 143-181.
- Idem: “Libertad religiosa y reciprocidad”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2010, núm. 26, pp. 349-358.
- Idem: “El laicismo democrático radical o el retorno a la confusión entre Estado y Religión. Telmus: *Anuario del Instituto Teológico San José*. 2011, núm. 4, pp. 207-219.
- ZORRILL, Virginia. “La reagrupación familiar”. *Escritura Pública*. Enero-Febrero de 2006, núm. 37.

### **Ponencias de Congresos:**

- BRIONES MARTÍNEZ, Irene María: “La prueba en la simulación parcial por exclusión del bien de la prole”. En: *XXII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*. Asociación española de canonistas. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2003.
- CALLEJO DE PAZ, Rufino. “Actualidad canónica a los veinte años del Código de Derecho Canónico y veinticinco de la Constitución”. En: *XXIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*. Madrid, 23 a 25 de abril de 2003. Antonio Pérez Ramos (ed.), 2004. pp. 401-408.
- DE LUCAS, Javier. “El Derecho ante el reto de la integración. Los instrumentos jurídicos de respuesta a la presencia estable de los inmigrantes”. En: *XXIX Jornadas de la Abogacía General del Estado: Derecho, Integración e Inmigración*. Ministerio de Justicia. Madrid, 21, 22 y 23 de octubre de 2007.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. “Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el convenio Europeo de Derechos



Humanos”. En: *Derecho de familia y Libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho eclesiástico del Estado. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2001.

- MARTINEZ TORRON, J. “Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de derechos Humanos”. En: *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho eclesiástico del Estado, 2000.

- MEJIAS GOMEZ, J.F.: “La tutela registral efectiva. Expedientes de matrimonio”. En: *Ponencia del Curso del Plan de Formación Territorial de Jueces y Magistrados, organizado por el Consejo General del Poder judicial y la Conselleria de Justicia*. Valencia: mayo de 2007.

- PÉREZ MADRID, F. “Inmigración y conflictos en materia matrimonial”. En: *Mesa redonda Cuestiones actuales de derecho matrimonial. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Sección de Derecho Canónico y Eclesiástica del Estado*. 2 de diciembre de 2010.

- VILADRICH, Pedro Juan. “El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio”. En: *X Congreso Internacional de Derecho Canónico*. Eunsa, 2001.

### **Documentos electrónicos:**

- Alianza Internacional Save the Children-ACNUR. *Declaración de Buenas Prácticas*. 2004. Disponible en Web: <http://www.intermigra.info/extranjería/archivos/legislacion> [Consulta: 31 de marzo de 2010].

- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la CE como cláusula de interpretación y apertura constitucional de los derechos fundamentales*. Jueces para la democracia, 6, 1989. pp. 9-18. Disponible en Web: <http://Dialnet.unirioja.es> [Consulta: 2 de diciembre de 2012].

- BAZÁN, José Luis. *Informe sobre las influencias ideológicas en Educación para la ciudadanía*. Fundación Derecho y Libertad. Madrid: 10 de enero de 2009. Disponible en Web: <http://www.unav.es/icf/main/EC/Bazán>. [Consulta: 4 de enero de 2013].

- CLARO QUINTÁNS, Irene. *¿Existe el limbo? El caso de los solicitantes de asilo que representan una amenaza para la comunidad*. VI Encuentro internacional de investigadores en materia de inmigración y asilo. Valencia, 14 y 15 de junio de 2012. Disponible en Web: [http://www.Idh.uv.es/migralaw/PDF/Irene\\_Claro.pdf](http://www.Idh.uv.es/migralaw/PDF/Irene_Claro.pdf) [Consulta: 2 de septiembre de 2013].
  
- FEDERACION SOS RACISMO (Diego Lorente; Mercedes Jiménez). *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*. 2004. Disponible en Web: <http://infoxica2.files.wordpress.com> [Consulta: 13 de febrero de 2010].
  
- LABACA ZABALA, M<sup>o</sup> LOURDES. *Exequatur de sentencia de nulidad canónica emitida por los Tribunales eclesiásticos y violación del art. 6.1º del Convenio de Roma (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 20 de julio de 2001)*. Disponible en Web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200504-425622210528000.html> [Consulta: 26 de marzo de 2014].
  
- NACIONES UNIDAS. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Informe de Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, de 14 de enero de 2004*. Disponible en Web: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridora.nsf/o/cef...> [Consulta: 6 de octubre de 2010].
  
- PALOMINO LOZANO, Rafael. *La objeción de conciencia en el Derecho Norteamericano*. Tesis Doctoral. Disponible en Web: <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/S/O/S0017401/pdf>.
  
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *La reciente jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos: temas escogidos*. Disponible en Web: <http://www.ehu.es/cursosderechointernacional/vitoria/> [Consulta: 31 de marzo de 2012].
  
- Vaticano: con el crucifijo el Tribunal Europeo respalda la libertad religiosa. Disponible en Web: <http://www.zenit.org/es/articles/vaticano> [Consulta: 20 de marzo de 2011].

- *El Tribunal de Estrasburgo avala los crucifijos en escuelas públicas italianas*. Disponible en Web: <http://www.abc.es/20110318/sociedad> [Consulta: 20 de marzo de 2011].
- GARCÍA ZÚNIGA, Rocío. *Los matrimonios de conveniencia como fraude de ley*. Disponible en Web: [www.pdfactory.com](http://www.pdfactory.com). [Consulta: 12 de noviembre de 2011].

## **FUENTES NORMATIVAS**

La normativa que detallo a continuación, ordenada por orden alfabético, la he obtenido de la Base de Datos de «Editorial Aranzadi, S.A.», salvo que expresamente especifique otra fuente.

## **DERECHO INTERNACIONAL**

### **Naciones Unidas**

- Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, sobre los Derechos del niño.
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

- Convenio sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981. (Resolución 36/55).
- Informe de la Relatora especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y sus consecuencias de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Gulnare Shahinian. Asamblea General. A/HRC/21/41. 7 de octubre de 2012. Disponible en Web: <http://ap.ohchr.org/documents> [Consulta: 7 de mayo de 2012].
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de España de 13 de abril de 1977. Boletín Oficial del Estado de 30 de abril de 1977. Disponible en Web: <file:///d:/perfiles/S5S000-1/CONFIG-1/Temp/zen135.HTML> [Consulta: 15 de abril de 2005].
- Resolución núm. 48/104 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de las Naciones Unidas: Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

## **Consejo de Europa**

- Carta Social Europea. Turín, 18 de octubre de 1961.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de octubre de 1979.
- Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local, de 5 de febrero de 1992.

- Informe del Comité de Migración, Refugiados y Demografía de la situación de gays, lesbianas y sus parejas con respecto al asilo y la inmigración de los Estados miembros del Consejo de Europa. (Doc. 8654, de 25 de febrero de 2000).
- Resolución de 15 de mayo de 1970 sobre protección social de las madres solteras y sus hijos (Comité de Ministros del Consejo de Europa).
- Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países.

## **Unión Europea**

Algunas disposiciones han sido consultadas en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE). Disponible en Web: <http://eur-lex.europa.eu>.

## **Parlamento Europeo**

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE de 30 de marzo de 2010. (2010/C83/02).
- Resolución sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión Europea 2006/2056 (INI).

## **Consejo Europeo.**

- Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.
- Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2002, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE 251/2003, de 3 de octubre de 2003.

- Observación general 15. Comité de Derechos Humanos: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. Disponible en Web: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/mecanism/cddhh20.htm>. [Consulta: 2 de junio de 2006].
- Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 16 de octubre de 2008.
- Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin. DOUE, de 10 de enero de 1996. Serie C005, pp. 0001-0003.
- Reglamento núm. 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permisos de residencia para nacionales de terceros países.
- Reglamento núm. 380/2008, de 18 de abril, que modifica el Reglamento nº 1030/2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. DOUE L115/1, de 29 de abril de 2008.
- Reglamento núm. 539/2011, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de dicha obligación. DOUE L81/1, de 21 de marzo de 2001.
- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos. DOU de 16 de diciembre de 1997. Serie C 382, pp. 0001-0002.

### **Parlamento europeo y Consejo**

- Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- Reglamento nº 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. DOUE L141/1, de 27 de mayo de 2011.

## **Comité Económico y Social Europeo**

- Dictamen sobre migración y desarrollo: oportunidades y retos. DOUE de 16 de mayo de 2008. Serie C 120/18.

## **OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS.**

- Convenio de Viena sobre relaciones consulares. B.O.E. de 6 de marzo de 1963.
- Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, núm. 20, de la Comisión Internacional del Estado Civil. Munich, 5 de septiembre de 1980.
- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de los menores.
- Comisión Internacional del Derecho Civil: *I matrimoni simulati. Studio sui matrimoni di convenienza negli Stati membri della Commissione Internazionale dello Stato Civile*. Disponible en Web: <http://www.ciec1.org>.
- Recomendación nº 9, de 17 de marzo de 2005, de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil. El Derecho Editores, S.A. EDL 2005/300197.

## **DERECHO ESPAÑOL**

### **Acuerdos**

- Acuerdos entre el Estado español y la Iglesia Católica:
  - . Acuerdo sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979.
  - . Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979.

- Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas minoritarias:

- Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

- Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

- Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007. Boletín Oficial de las Cortes General de 14 de septiembre de 2007.

## **Normativa**

- Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, sobre Actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

- Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería.

- Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

- Circular de 16 de diciembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre aplicación del artículo 17.1 c) del Código civil respecto de los hijos de extranjeros nacidos en España.

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Aranzadi, 1996.

- Código Civil. Tirant lo Blanch, 2011

- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.



- Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la L.O. 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Instrucción 3/2003 de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado.
- Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados.
- Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.
- Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado.
- Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986.
- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, reguladora de las garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.
- Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. B.O.E. 12 de enero de 2000.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. B.O.E. de 10 de diciembre de 2013.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. B.O.E. de 15 de febrero de 1996.
- Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.
- Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero de 2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. B.O.E. de 22 de febrero de 2003. (Derogado).
- Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías y la Comisión Islámica de España.
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. B.O.E. de 28 de febrero de 2007.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. B.O.E. de 30 de abril de 2011.
- Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

## **DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO.**

Registro Civil.

### **Instrucciones:**

- Instrucción de 20 de marzo de 1991, relativa a la nacionalidad española por residencia.
- Instrucción de 10 de febrero de 1993, sobre inscripción de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.
- Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esta domiciliado en el extranjero.
- Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia.
- Instrucción de 2 de octubre de 2012, sobre determinados aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. B.O.E. de 13 de octubre 2012.

### **Circulares:**

- Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos, de 15 de febrero de 1980. B.O.E. de 23 de febrero de 1980.

### **Resolución-Circular:**

- Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

## **NORMATIVA DE LA IGLESIA CATÓLICA**

- Alocución al Tribunal de la Rota Romana de Pablo VI de 8 de febrero de 1973. En: LIZARRA ARTOLA, Alejandro. *Discursos pontificios a la Rota Romana*. Pamplona, 2001.

- Allocución al Tribunal de la Rota Romana de Juan Pablo II de 4 de febrero de 1980. Disponible en Web: <http://vatican.va>. [Consulta: 19 de mayo de 2013].
- Carta Encíclica *Lumen Fidei*, del Sumo Pontífice Francisco, a los Obispos, a los presbíteros y a los diáconos, a las personas consagradas y a todos los fieles laicos sobre la fe. 29 de junio de 2013.
- Carta de los Derechos de la Familia, presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo, el 22 de octubre de 1983. Disponible Web: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_fami](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_fami) [Consulta: 2 de septiembre de 2005].
- Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983. Eunsa, 2001.
- Constitución dogmática sobre la Iglesia «*Lumen Gentium*», de 21 de noviembre de 1964.
- Decreto del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, de 13 de diciembre de 1995, sobre las presunciones de facto en las causas de nulidad matrimonial. En: *Il Diritto Ecclesiástico*, 1997/2, 1.
- Exhortación apostólica *Familiaris Consortio* de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual, de 22 de noviembre de 1981. Disponible en Web: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp\\_ii](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp_ii) [Consulta: 7 de marzo de 2005].
- Exhortación apostólica postsinodal *Sacramentum Caritatis* del Santo Padre Benedicto XVI al Episcopado, al clero, a las personas consagradas y a los fieles laicos sobre la Eucaristía, fuente y culmen de la vida y de la misión de la Iglesia, de 22 de febrero de 2007. Disponible en Web: [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/apost\\_exhortations/documents/hf\\_be](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/apost_exhortations/documents/hf_be) [Consulta: 9 de julio de 2009].
- Familia, matrimonio y Uniones de hecho, de 26 de julio de 2000 del Pontificio Consejo para la Familia. Disponible en Web: [http://www.vatican.va/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_20001109\\_de-facto-unions\\_s](http://www.vatican.va/rc_pc_family_doc_20001109_de-facto-unions_s) [Consulta: 12 de noviembre de 2008].
- Instrucción *Dignitas Connubii*, de 25 de enero de 2005. Pontificio Consejo para los Textos Legislativos.

- Instrucción «Erga Migrantes Caritas Christi» del Pontificio Consejo para la Atención Espiritual de los Emigrantes e Itinerantes de 3 de mayo de 2004. Disponible en Web: <http://vatican.va/roman-curia/pontifical-councils/migrants/documentes/rc-pc.mi...> [Consulta: 31 de marzo de 2005].
- Primer Decreto General sobre Normas Complementarias al Código, de 26 de noviembre de 1983. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española, 1984, núm. 3.
- Reflexión teológico-pastoral y orientaciones prácticas para una pastoral de migraciones en España a la luz de la Instrucción Pontificia Erga migrantes caritas Christi, de 22 de noviembre de 2007. XC Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal española. Disponible en Web: <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/Conferencia/IglesiaInmigrantes.htm>. [Consulta: 10 de agosto de 2009].

#### **Otros documentos:**

- Archidiócesis de Valencia. El arzobispado de Valencia fija “máximos controles” para evitar matrimonios de conveniencia. En: <http://www.archivalencia.org>. [Consulta: 15 de septiembre de 2008].
- Benedicto XVI. «Mensaje para la Jornada Mundial del Emigrante y del Refugiado en el año 2006».
- Benedicto XVI. «Mensaje para la Jornada Mundial del Emigrante y del Refugiado en el año 2013».
- Expedientes matrimoniales de extranjeros no comunitarios. Diócesis de Orihuela-Alicante. Vicario General don Francisco Conesa Ferrer.
- Juan Pablo II. “*Mensaje con ocasión de la Jornada Mundial del Migrante y Refugiado de 25 de julio de 1995*”. Ecclesia, 23 de septiembre de 1995.

## **JURISPRUDENCIA**

Las sentencias que detallo a continuación las he consultado en la Base de Datos de «Editorial Aranzadi, S.A.» y en la página Web: <http://www.echr.coe.int> , salvo que específicamente detalle otra fuente.

## **COMISION**

Por orden alfabético de casos:

- *Campopiano* y la asociación GISTI (de defensa del inmigrante) contra Francia. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda núm. 18336/91.
- *Saadu* contra Alemania de 6 de marzo de 1979. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda 8441/78.
- *Singh* contra Reino Unido. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda núm. 2992/66.
- *Singh y Bains* contra Reino Unido. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda núm. 7912/77, de 28 de febrero de 1979.
- *Vargi* contra Suiza, de 28 de febrero de 1996. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda 28952/95.
- *X* contra Reino Unido. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda 5532/72.
- *X e Y* contra Reino Unido. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda núm. 5269/71.

## **TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Por orden alfabético de casos:

- *Abdulaziz, Cabales y Blakandali* contra Reino Unido. Sentencia de 28 de mayo de 1985.
- *Abou Amer* contra Rumania. Sentencia de 24 de mayo de 2011.
- *Ahmet Ozkan* y otros contra Turquía, Sentencia de 6 de abril de 2004.

- *Ahmut* contra Países Bajos. Sentencia de 28 de noviembre de 1996.
- *Airey* contra Irlanda. Sentencia de 9 de octubre de 1979.
- *Al-Nashif* contra Bulgaria. Sentencia de 20 de junio de 2002.
- *Aoulmi* contra Francia. Sentencia de 17 de enero de 2006.
- *Ártico* contra Italia. Sentencia de 13 de mayo de 1980.
- *Ayder* y otros contra Turquía, de 8 de enero de 2004.
- *Beljoudi* contra Francia. Sentencia de 26 de marzo de 1992.
- *Benhebba* contra Francia. Sentencia de 10 de julio de 2003.
- *Berrehab* contra Países Bajos. Sentencia de 21 de junio de 1988.
- *Bordeianu* contra Moldavia. Sentencia de 11 de enero 2011.
- *Bouchelkia* contra Francia. Sentencia de 29 de enero de 1997.
- *Boughanemi* contra Francia. Sentencia de 24 de abril de 1996.
- *Boujlifa* contra Francia. Sentencia de 21 de octubre de 1997.
- *Boultif* contra Suiza. Sentencia de 2 de agosto de 2001.
- *Bove* contra Italia. Sentencia de 30 de junio de 2005.
- *Bronda* contra Italia. Sentencia de 9 de junio de 1998.
- *Chadal* contra Reino Unido. Sentencia de 15 de noviembre de 1996.
- *Christine Goodwin* contra Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002.
- *Ciliz* contra Holanda. Sentencia de 11 de julio de 2000.
- *Cruz Varas* contra Suecia. Sentencia de 20 de marzo de 1991.
- *Dahlab* contra Suiza. Decisión de admisibilidad núm. 42393/98, de 25 de febrero de 2001.

- *Dalia* contra Francia. Sentencia de 19 de febrero de 1998.
- *Dogru* contra Francia. Sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- *El Boujaïdi* contra Francia. Sentencia de 26 de septiembre de 1997.
- *Elsholz* contra Alemania. Sentencia de 13 de julio de 2000.
- *Eriksson* contra Suecia. Sentencia de 26 de junio de 1989.
- *Ezzouhdi* contra Francia. Sentencia de 13 de febrero de 2001.
- *Fretté* contra Francia. Sentencia de 26 de febrero de 2002.
- *Gaskin* contra Reino Unido. Sentencia de 7 de julio de 1989.
- *Glaser* contra Reino Unido. Sentencia de 19 de septiembre de 2000.
- *Görgülü* contra Alemania. Sentencia de 26 de febrero de 2004.
- *Gül* contra Suiza. Sentencia de 19 de febrero de 1996.
- *Gündem* contra Turquía, de 25 de mayo de 1998.
- *Haas* contra Holanda. Sentencia de 13 de enero de 2004.
- *Hasan y Eylem Zengin* contra Turquía. Sentencia de 9 de octubre de 2007.
- *Hansen* contra Turquía. Sentencia de 23 de septiembre de 2003.
- *Hénaf* contra Francia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.
- *Hokkanen* contra Finlandia. Sentencia de 23 de septiembre de 1994.
- *Iglesias* contra España. Sentencia de 29 de abril de 2003.
- *Jakupovic* contra Austria. Sentencia de 6 de febrero de 2003.
- *Johansen* contra Noruega. Sentencia de 7 de agosto de 1996.
- *Johnston* contra Irlanda. Sentencia 18 de diciembre de 1986.



- *Karner* contra Austria. Sentencia de 24 de octubre de 2003.
- *Keegan* contra Irlanda. Sentencia de 26 de mayo de 1994.
- *Kervanci* contra Francia. Sentencia de 4 de diciembre de 2008.
- *Köse* y otros contra Turquía. Decisión de admisibilidad núm. 26625/02, de 24 de enero de 2006.
- *Kosmopoulou* contra Grecia. Sentencia de 5 de febrero de 2004.
- *Kroon* contra Países Bajos. Sentencia de 27 de octubre de 1994.
- *Kutzner* contra Alemania. Sentencia de 26 de febrero de 2001.
- *Marckx* contra Bélgica. Sentencia 13 de junio de 1979.
- *Maslov* contra Austria. Sentencia de 22 de marzo de 2007.
- *Mehemi* contra Francia. Sentencia de 10 de abril de 2003.
- *Mentes* y otros contra Turquía, de 28 de noviembre de 1997.
- *Monory* contra Rumania y Hungría. Sentencia de 5 de abril de 2005.
- *Moranki* contra Francia. Sentencia de 15 de julio de 2003.
- *Moustaquim* contra Bélgica. Sentencia de 18 de febrero de 1991.
- *Muñoz Díaz* contra España. Sentencia de 8 de diciembre de 2009.
- *Nasri* contra Francia. Sentencia de 13 de julio de 1995.
- *Neulinger y Shurunk* contra Suiza. Sentencia de 6 de julio de 2010.
- *Nnyanzi* contra Reino Unido. Sentencia de 8 de abril de 2008.
- *Nsona* contra Países Bajos. Sentencia de 28 de noviembre de 1996.
- *Lautsi* contra Italia. Sentencia de 3 de noviembre de 2009.
- *Leyla Sahin* contra Turquía. Sentencia de 10 de noviembre de 2005.

- *Olsson* contra Suecia. Sentencia de 24 de marzo de 1988.
- *Omojudi* contra Reino Unido. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- P.V. contra España. Sentencia de 30 de noviembre de 2010.
- *Pellegrini* contra Italia. Sentencia de 20 de julio de 2001.
- *Petrovic* contra Austria. Sentencia de 27 de marzo de 1998.
- *Pini-Bertani* y *Manera-Atripaldi* contra Rumania. Sentencia de 22 de junio de 2004.
- *Prodelalová* contra República Checa. Sentencia de 20 de diciembre de 2011.
- *Radovanovic* contra Austria. Sentencia de 22 de abril de 2004.
- *Rodríguez da Silva* y *Hoogkamer* contra Países Bajos. Sentencia de 31 de enero de 2006.
- *Saadi* contra Italia. Sentencia de 28 de febrero de 2008.
- *Sagueiro da Silva Mouta* contra Portugal. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.
- *Sahin* contra Alemania. Sentencia de 8 de julio de 2003.
- *Saleck Bardi* contra España. Sentencia de 24 de mayo de 2011.
- *Sellem* contra Italia. Sentencia de 5 de mayo de 2009.
- *Seluk y Asker* contra Turquía, de 24 de abril de 1998.
- *Sen* contra Países Bajos. Sentencia 21 de diciembre de 2001.
- *Sabor y Pircalab* contra Rumania. Sentencia de 28 de septiembre de 2004.
- *Sahin* contra Alemania. Sentencia de 8 de julio de 2003.
- *Silvestre* contra Austria. Sentencia de 24 de abril de 2003.

- *Sisojeva* y otros contra Letonia. Sentencia de 16 de junio de 2005.
- *Slivenko* contra Letonia. Sentencia de 9 de octubre de 2003.
- *Soering* contra Reino Unido. Sentencia de 7 de julio de 1989.
- *Süss* contra Alemania. Sentencia de 10 de noviembre de 2005.
- *Tapia Gasca y D.* contra España. Sentencia de 22 de diciembre de 2009.
- *Vasilescu* contra Rumanía. Sentencia de 20 de mayo de 1998.
- *W* contra Reino Unido. Sentencia de 8 de julio de 1987.
- *XYZ* contra Reino Unido. Sentencia de 22 de abril de 1997.
- *Yilmaz* contra Alemania. Sentencia de 17 de abril de 2003.
- *Zawadka* contra Polonia. Sentencia de 23 de junio de 2005.

## **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

Por orden cronológico:

- Sentencia de 23 de septiembre de 2003. Asunto núm. 109/2001.
- Sentencia de 27 de junio de 2006. Asunto *Parlamento c. Consejo*.
- Sentencia de 6 de diciembre de 2007. Asunto *Maumousseau y Washington c. Francia*.
- Sentencia de 25 de julio de 2008. Asunto C-127/08.
- Sentencia de 4 de marzo de 2010. Asunto C-578/08.

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Por número de sentencia:

- Sentencia núm. 1/1981, de 26 de enero.
- Sentencia núm. 11/1981, de 8 de abril.
- Sentencia núm. 66/1982, de 12 de noviembre.
- Sentencia núm. 23/1984, de 20 de febrero.
- Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre.
- Sentencia núm. 43/1986, de 15 de abril.
- Sentencia núm. 161/1987, de 27 de octubre.
- Sentencia núm. 85/1988, de 28 de abril.
- Sentencia núm. 231/1988, de 2 de diciembre.
- Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio.
- Sentencia núm. 197/1991, de 17 de octubre.
- Sentencia núm. 132-bis/1992, de 1 de julio.
- Sentencia núm. 222/1992, de 11 de diciembre.
- Sentencia núm. 94/1993, de 22 de marzo.
- Sentencia núm. 242/1994, de 20 de julio.
- Sentencia núm. 130/1995, de 11 de septiembre.
- Sentencia núm. 35/1996, de 11 de marzo.
- Sentencia núm. 207/1996, de 16 de diciembre.
- Sentencia núm. 177/1996, de 11 de noviembre.
- Sentencia num. 150/99, de 14 de septiembre.
- Sentencia núm. 95/2000, de 10 de abril.

- Sentencia núm. 115/2000, de 5 de mayo.
- Sentencia núm. 141/2000, de 29 de mayo. Recurso núm. 4233/1996.
- Sentencia núm. 154/2002, de 18 de julio. Recurso núm. 3468/97.
- Sentencia núm. 236/2004, de 7 de noviembre.
- Sentencia núm. 72/2005, de 4 de abril. Recurso núm. 5291/2001.
- Sentencia núm. 69/2007, de 16 de abril de 2007.
- Sentencia núm. 236/2007, de 7 de noviembre.
- Sentencia núm. 259/2007, de 19 de diciembre.
- Sentencias de 22 de diciembre de 2008. Recursos 183/2008 y 184/2008).
- Sentencia núm. 140/2009, de 15 de junio. Recurso 3520/2005.
- Sentencia núm. 133/2010, de 2 de diciembre. Recurso núm. 7509/2005.
- Sentencia de 20 de julio de 2011. Sala 3ª. Recurso núm. 4669/2008.

### **Autos**

- Auto núm. 358/1985, de 29 de mayo.
- Auto núm. 137/92, de 25 de mayo.
- Auto núm. 28/2001, de 1 de febrero.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

Por orden cronológico:

#### **Sala Primera:**

- Sentencia de 1 de julio de 1994. Sentencia núm. 665/1994.

- Sentencia de 23 de noviembre de 1995. Sentencia núm. 1016/1995.
- Sentencia de 17 de junio de 1996. Recurso núm. 3410/1992.
- Sentencia de 16 de septiembre de 1996. Recurso núm. 3765/1992.
- Sentencia de 21 de octubre de 1996. Recurso núm. 12/1993.
- Sentencia de 5 de marzo de 2001. Sentencia núm. 227/2001.
- Sentencia de 8 de marzo de 2001. Sentencia núm. 248/2001.
- Sentencia de 27 de junio de 2002. Sentencia núm. 644/2002.
- Sentencia de 14 de julio de 2003. Recurso núm. 3538/1997.
- Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Recurso núm. 12/1998.
- Sentencia de 23 de marzo de 2005. Sentencia núm. 210/2005.
- Sentencia de 31 de mayo de 2006. Recurso núm. 3800/1999.
- Sentencia de 6 de noviembre de 2006. Recurso núm. 4915/1999.
- Sentencia de 30 de mayo de 2007. Sentencia núm. 596/07.
- Sentencia de 31 de julio de 2009. Sentencia núm. 565/2009.

#### Autos:

- Auto de 27 de enero de 2004. Recurso núm. 344/2002.
- Auto de 14 de febrero de 2006. Recurso núm. 769/2003.

#### **Sala Segunda:**

- Sentencia de 3 de diciembre de 1992. Recurso de casación núm. 918/1991.
- Sentencia de 30 de octubre de 1994. Sentencia núm. 1669/1994.

- Sentencia de 21 de mayo de 1997. Recurso de casación núm. 504/1996.
- Sentencia de 27 de junio de 1997. Recurso de casación núm. 3248/1996.
- Sentencia de 9 de julio de 1997. Recurso de casación núm. 518/1996.
- Sentencia de 26 de septiembre de 2002. Recurso de casación núm. 624/2001.
- Sentencia 8 de julio de 2004. Recurso de casación núm. 901/2004.

### **Sala Tercera:**

- Sentencia de 18 de mayo de 1993. Recurso núm. 1821/1989.
- Sentencia de 27 de noviembre de 1995. Recurso núm. 8152/1991.
- Sentencia de 29 de abril de 1996. Recurso núm. 10535/1991.
- Sentencia de 31 de enero de 1997. Recurso núm. 87/1995.
- Sentencia de 3 de febrero de 1998. Recurso núm. 6250/1993.
- Sentencia de 4 de febrero de 1998. Recurso núm. 6079/1993.
- Sentencia de 9 de junio de 1998. Recurso núm. 1570/1994.
- Sentencia de 10 de junio de 1998. Recurso núm. 1064/1994.
- Sentencia de 10 de noviembre de 1998. Recurso núm. 3025/1994.
- Sentencia de 28 de diciembre de 1998. Recurso núm. 5533/1994.
- Sentencia de 24 de abril de 1999. (Sección 6ª) Recurso núm. 8047/1994.
- Sentencia de 27 de abril de 1999. Recurso núm. 127/1995.
- Sentencia 27 de abril de 1999. Recurso núm. 6649/95.
- Sentencia de 1 de julio de 2000 (Sección 6ª) Recurso núm. 2702/1996.

- Sentencia de 18 de julio de 2000. Recurso núm. 5757/1998.
- Sentencia de 18 de julio de 2000. Recurso núm. 9409/1998.
- Sentencia de 18 de julio de 2000. Recurso núm. 9738/1998.
- Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Recurso núm. 290/1996.
- Sentencia de 21 de mayo de 2001. (Sección 6ª) Recurso núm. 1134/1997.
- Sentencia de 30 de octubre de 2001. Recurso núm. 7328/1997.
- Sentencia de 5 de noviembre de 2001. Recurso núm. 5912/1997.
- Sentencia de 18 de diciembre de 2001. Recurso núm. 9982/1997.
- Sentencia de 12 de noviembre de 2002. Recurso núm. 4857/1998.
- Sentencia de 10 de junio de 2004. Recurso núm. 60/2003.
- Sentencia de 15 de diciembre de 2004. Recurso núm. 1876/2001.
- Sentencia de 31 de mayo de 2005. Recurso núm. 1836/2002.
- Sentencia de 7 de julio de 2005. Recurso núm. 2107/2002.
- Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Recurso núm. 3428/2002.
- Sentencia de 10 de noviembre de 2005. Recurso núm. 3930/2002.
- Sentencia de 28 de febrero de 2006. Recurso núm. 735/2003.
- Sentencia de 5 de julio de 2006. Recurso núm. 4414/2002.
- Sentencia de 6 de octubre de 2006. Recurso núm. 6597/2003.
- Sentencia de 22 de diciembre de 2006. Recurso núm. 5958/2002.
- Sentencia de 15 de febrero de 2007. Recurso núm. 9300/2003.
- Sentencia de 31 de enero de 2008. Recurso núm. 4773/2004.
- Sentencia de 18 de junio de 2008. Recurso núm. 8493/2002.



- Sentencia de 4 de julio de 2008. Recurso núm. 2005/2005.
- Sentencia de 8 de julio de 2008. Recurso núm. 2316/2005.
- Sentencia de 11 de febrero de 2009. Recurso núm. 905/2008.
- Sentencia de 11 de mayo de 2009. Recurso núm. 3155/2006.
- Sentencia de 1 de junio de 2010. Recurso núm. 111/2007.
- Sentencia de 23 de mayo de 2011. Recurso núm. 2861/2008.
- Sentencia de 31 de mayo de 2011. Recurso núm. 5784/2008.
- Sentencia de 20 de julio de 2011. Recurso núm. 4669/2008.
- Sentencia de 26 de octubre de 2011. Recurso núm. 479/2008.
- Sentencia de 19 de diciembre de 2011. Recurso núm. 759/2010.
- Sentencia de 25 de mayo de 2012. Recurso núm. 3340/2001.
- sentencia de 12 de marzo de 2013. Recurso núm. 343/2011.

#### **Sala Quinta:**

- Sentencia de 22 de abril de 2002. Recurso núm. 2-117/2001.

### **AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, por orden cronológico:

- Sentencia de 23 de diciembre de 2003. Sección Tercera. Recurso núm. 0829/2002.
- Sentencia de 17 de noviembre de 2004. Sección Cuarta. Recurso núm. 772/2003.

- Sentencia de 13 de septiembre de 2006. Sección Tercera. Recurso núm. 323/2004.
- Sentencia de 13 de septiembre de 2006. Sección Tercera. Recurso núm. 853/2004.
- Sentencia de 2 de abril de 2012. Sección Tercera. Recurso núm. 361/2010.
- Sentencia de 23 de abril de 2013. Sección Tercera. Recurso núm. 474/2012.
- Sentencia de 26 de julio de 2013. Sección Tercera. Recurso núm. 672/2012.
- Sentencia de 20 de septiembre de 2013. Sección Tercera. Recurso núm. 376/2012.

## **TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

Por orden alfabético de Comunidades Autónomas y, dentro de cada una de ellas, por orden cronológico.

### **Cantabria:**

- Sentencia de 31 de julio de 2007.

### **Castilla y León:**

- Sentencia de 20 de septiembre de 2007.
- Sentencia núm. 1324, de 6 de julio de 2012.

### **Galicia:**

- Sentencia de 25 de mayo de 2012. Recurso 183/2012. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

### **Madrid:**

- Sentencia núm. 637/2002, de 7 de noviembre. Sala de lo Social.

- Sentencia de 24 de septiembre de 2010. Sala de lo contencioso-Administrativo. Recurso núm. 1409/2009.
- Sentencia de 20 de mayo de 2011. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 589/2010.
- Sentencia de 20 de mayo de 2011. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 590/2010.
- Sentencia de 20 de mayo de 2011. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 605/2010.
- Sentencia de 20 de enero de 2012. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia núm. 35/2012.

## **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

Por orden alfabético de las Audiencias:

### **Almería:**

- Sentencia de núm. 32/2009 (Sección 2), de 29 de enero.

### **Asturias:**

- Sentencia de núm. 154/2000 (Sección 4), de 27 de marzo.

### **Barcelona:**

- Sentencia núm. 305/2010 (Sección 18), de 11 de mayo.

### **Gerona:**

- Auto núm. 24/2004, de 11 de febrero.
- Auto núm. 152/2007, de 2 de julio.

### **Lérida:**

- Sentencia núm. 28/2011 (Sala 1ª), de 25 de enero.
- Auto núm. 28/2011, de 25 de enero.

#### **Málaga:**

- Sentencia núm. 548/2005, de 6 de junio.
- Sentencia núm. 184/2006 (Sección 6), de 31 de marzo.

#### **Madrid:**

- Sentencia núm. 36/2002 (Sección 22), de 18 de junio.

#### **Murcia:**

- Sentencia núm. 399/2006 (Sección 1), de 7 de noviembre.

#### **Navarra:**

- Sentencia núm. 85/1999 (Sección 3), de 30 de abril.

#### **Palencia:**

- Sentencia núm. 5/2002, de 5 de marzo.

#### **Teruel:**

- Sentencia núm. 26/2011 (Sala de lo Penal), de 15 de noviembre. Recurso núm. 12/2011. Disponible en Web: <http://www.otrosi.net/article/son/-condenados-los-padres-de-una-ni%C3%B1a-resudebte>.

#### **Valencia:**

- Sentencia núm. 87/2008 (Sección 10), de 12 de febrero.

#### **Zaragoza**

- Sentencia núm. 384/2011, de 4 de noviembre.

- Auto núm. 274/2005, de 13 de mayo.

## **JUZGADOS**

Por orden alfabético de su sede y, dentro de cada una, por orden cronológico, con independencia del jurisdiccional:

### **Huesca:**

- Sentencia de 13 de octubre de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca.
- Auto de 31 de julio de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca.

### **Madrid:**

- Sentencia de 30 de mayo de 2002, del Juzgado de lo Social núm. 12 (sentencia núm. 217/2002).
- Sentencia de 25 de septiembre de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14.
- Sentencia de 7 de mayo de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15.
- Sentencia de 22 de octubre de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26.
- Sentencia de 4 de diciembre de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 20.
- Sentencia de 4 de mayo de 2010, del Juzgado de Primera Instancia núm. 28.
- Sentencia de 25 de enero de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 32. (Sentencia núm. 35/2012)

### **Autos:**

- Auto de 6 de abril de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14.
- Auto de 20 de junio de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15.
- Auto de 22 de junio de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 18.

#### **Santander:**

- Sentencia de 6 de mayo de 2004, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1.

#### **Valencia:**

- Sentencia de 10 de septiembre de 2002, del Juzgado de Primera Instancia núm. 18. En: *Revista Jurídica Española La Ley* 2002, 7. 7001-8040. Ref. 7711.

#### **Valladolid:**

- Sentencia de 14 de noviembre de 2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid.

### **RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

Por orden cronológico:

- Resolución de 7 de febrero de 1990.
- Resolución de 9 de mayo de 1991.
- Resolución de 29 de mayo de 1993.
- Resolución de 9 de octubre de 1993.
- Resolución de 11 de mayo de 1994.
- Resolución de 22 de noviembre de 1995.

- Resolución de 18 de julio de 1996.
- Resolución de 6 de julio de 1998.
- Resolución de 2 de octubre de 1998.
- Resolución de 14 de diciembre de 1998.
- Resolución de 13 de octubre de 1999.
- Resolución de 19 de junio de 1999.
- Resolución de 14 de julio de 1999.
- Resolución de 17 de febrero de 2000.
- Resolución de 22 de febrero de 2000.
- Resolución de 3 de marzo de 2000.
- Resolución de 4 de junio de 2001.
- Resolución de 26 de diciembre de 2002.
- Resolución de 20 de julio de 2004.
- Resolución de 21 de septiembre de 2004.
- Resolución de 19 de octubre de 2004.
- Resolución de 27 de octubre de 2004.
- Resolución de 5 de mayo de 2005.
- Resolución de 16 de mayo de 2005.
- Resolución de 13 de junio de 2005.
- Resolución de 20 de octubre de 2005.
- Resolución de 24 de marzo de 2006.

- Resolución de 7 de abril de 2006.
- Resolución de 9 de junio de 2006.
- Resolución de 27 de junio de 2006.
- Resolución de 29 de marzo de 2007.
- Resolución de 7 de abril de 2007.
- Resolución de 31 de mayo de 2007.



## PRESENTATION

With this thesis, I keep on researching in the line I started to work for the defence of the Diploma of advanced studies, in February 2007.

In work done by then I examined the right to family life of foreigners within the framework of the provisions of article 8 of the European Convention on human rights of 4 November 1950,<sup>375</sup> with the jurisprudence examination of the European Court of human rights and their recognition in the host country, insofar as it is a Member State of the European Union, and the analysis of the community and Spanish legislation and resolutions of our Constitutional Court and Supreme Court.

This is the starting point of this thesis. Thus, in chapter I examine it within that framework is meant by family life, its recognition as a law in the different international declarations of rights, more specifically in the Convention, and its configuration through the resolutions of the supervisory bodies of it, especially those from European Court of human rights.

Migration phenomenon affects directly on the right to family life, it represents a break in the family nucleus when one of the members emigrated looking for better life, and consequently settling down in a country that is not theirs. So, in chapter II I analyze the right to family life of foreigners, their requirements and content, the importance of unification family rights and the impact on family life of the expulsion of the host country, decisions taken by local authorities.

In chapter III I carry out a special study of the recognition of the right to family life of foreigners in Spain, the legislative treatment and jurisprudence of it. The recognition of this right and real possibilities of its exercise, as well as others such as the right to religious worship, allow better integration of foreigners in our society.

In the next chapter, IV, I make reference to the marriage of convenience, namely it is the marriage celebrated between a Spaniard and a foreign person with the sole purpose of obtaining legal national rights by the foreign in terms of residence and nationality just only to get a status of spouse of Spanish. These parties benefit from an institution such as

---

<sup>375</sup>Hereinafter ECHR or the Convention or Convention of Rome.

marriage - civil or canonical - without paying a real matrimonial consent. This has led to the adoption of a series of measures aimed at preventing marriages of convenience before its celebration and, in the case of holding, to obtain its invalidity.

The fifth and final chapter is dedicated to immigration-related foreign minors' rights - in particular the rights to nationality and residence, physical integrity, education and religious freedom - and the impact on family life has the worrying phenomenon of unaccompanied immigrant children, analyzing the legal system that protects them to develop an own family life or to return to their countries.

The sources used have been fundamentally, aside from national and community legislation and the bibliography outlined at the end of this thesis, the jurisprudence of the European Court of human rights and laws from the Spanish courts: Constitutional Court and Supreme Court, as well as numerous resolutions of the General directorate of registration and notary. These sources are cited according to the guidelines established by the University Carlos III of Madrid, based on the standard ISO 690-1987 and its equivalent UNE 50-104-94 on the criteria to be followed for the elaboration of bibliographic references.

## FINAL CONCLUSIONS

### *1.<sup>a</sup> Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights) stated in article 8 the right to respect for family life, the content has been outlined by the European Court of Human Rights, which also has been extended to foreigners who are under the jurisdiction of the Member States of the Council of Europe.

The Convention on Human Rights is part of the Spanish legal system and is a tool for interpreting the content of our general rights and fundamental rights, in particular. Our Constitution does not recognize as such the right to family life, but recognizes in article 18 the right to family privacy and article 39 directs the government a mandate to ensure the social, economic and legal status of the family. Based on this latter provision, the Spanish jurisprudence has protected the right to family life.

### *2.<sup>a</sup> The European Court of Human Rights*

The European Court of Human Rights, established by the Convention, is an organ of compulsory jurisdiction for the protection of Convention rights to which citizens can come to feel that their rights have been violated by the Member States. Also foreigners as persons under the jurisdiction of a State member, based on the universality of human rights and the prohibition of discrimination in the use of rights and freedoms protected by the Convention reason, among others, the national origin.

### *3.<sup>a</sup> Family concept to the European Court of Human Rights*

The European Court adopts a substantive, not formal criteria of family: any relationship in which emotional and materials of mutual dependence bonds are created, whatever their degree of formalization or even the sex of their components can be considered «family life» protected

by the Convention, that seems far removed from traditional concept of family.

#### *4.<sup>a</sup> Family concepts to the Constitutional Court*

Our Constitutional Court addressed the constitutional concept of family separating it from marriage and offspring, defined as the social context in which one lives by the principles of solidarity and dependence, without determining what relationships are what constitute a family. Such uncertainty may, at all times, adapt your content to family models that society demands.

#### *5.<sup>a</sup> Family Life as a right*

The right to family life is the right of persons belonging to a family to enjoy the relationships among them.

Family life is set right in several international treaties Rights: The Universal Declaration of Human Rights (article 12), the mentioned European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (article 8), the International Covenant on Civil and Political Rights (article 17) and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (article 7). In them, following the declaration of law, the prohibition of arbitrary interference on its exercise is established.

Specifically, article 8 of the European Convention on Human Rights, in the first paragraph includes the right to respect for family life and in the second paragraph reads: *«There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as it was in accordance with the law and that this was a measure that in a democratic society were necessary for the national security, public safety or the economic welfare, the prevention of disorder and crime prevention, for the protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others».*

This article 8 has two interesting features compared to the other items cited: The first is that the right is set forth not only as a right to family life, but also as a right «to respect» for family life. The second feature is the establishment of «economic welfare of the country» as a legitimate reason to restrict the right in order to ensure compliance with customs laws and exchange control.

#### *6.<sup>a</sup> The family life of foreigners and international migration policy*

The stranger, once installed in the host country, attempting to gather with him to his family or create a new family. Protecting the right to respect for their family life is one of the most important issues of international migration policy, which is aimed at the maximum possible integration of foreigners in the host country. The protection of property rights and socio-economic rights contribute to the integration and ensure the person their welfare and a decent life.

#### *7.<sup>a</sup> Obligations of States in relation to respect the right to family life*

Where Article 8 of the Convention provides that everyone has the right to respect for family life imposed two distinct obligations on States. The first consists of the obligation to abstain from interference in the sphere of family life, except in the circumstances already set (see 5th) and manifests on entry permits or residence and expulsion of foreigners from the territory of the State. The second is an obligation to respect, not satisfied merely abstaining states, but which requires the adoption of positive measures to ensure its effective exercise, as the recognition of the right to family reunification or compliance with child visitation judicially established when parents are separated. In these cases, States have discretion to determine the respect demanded by the circumstances making a fair weighting between the general interest of the community and the individual, which may be reviewed by the European Court.

#### *8.<sup>a</sup> Impact on family life of foreigners by measures taken by the States*

Foreigners family life can be affected by certain measures taken by States as the denial of entry or residence permits, these prevent the family regrouping. Also adoption of expulsion measures from the territory where they have developed a part of their life and where they live with their family or their close relatives.

The European Court of Human Rights states constantly that the protected family life by the Convention is the pre-existing, namely it is necessary that the affected family life by the measure existed prior to the adoption of this. And also requires that family life was real (real family

links) and effective (to be given personal relations, and economic and emotional dependence).

No means violated the right to family life if the Court considers that the following requirements are met:

- The measure is provided by law,
- Pursuing any of these purposes: national security, public safety, economic welfare of the country, the prevention of disorder and crime prevention, protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others.
- Which is necessary in a democratic society.

In different judgments analyzed in this thesis I have observed that the first two requirements are easily identifiable by the Court, while the third requires a detailed assessment.

*9.<sup>a</sup> The measures taken by a State shall be necessary in a democratic society if they are justified by a pressing social need and is proportionate to the legitimate aim pursued*

The European Court has to determine whether the measure affecting overseas has respected the right balance between the right to family life and the protection of legitimate purposes that corresponds to preserve the State, taking into account that States have the prerogative to control, under a settled principle of international law and without prejudice to the commitments made in treaties, the entry and residence of non-nationals and, therefore, have the power to expel criminals or those who do not meet the requirements of its immigration policy.

*10.<sup>a</sup> The denial of entry and residence permits*

In the regulation of entry and residence permits in the European Union countries must distinguish between:

a) nationals of a Member State of the European Union or similar to them in terms of any international agreement, as nationals of the member states of the Agreement on the European Economic Area (Iceland, Liechtenstein and Norway) and their families, whatever their nationality.

They all have the right to move and reside freely within the territory of the Member States. This right has been extended to their families, whatever their nationality, in order not to restrict the freedom of the community and to protect family life.

b) Nationals of third countries no family EU community.

The entry and residence of them in European Union countries are governed by the domestic legislation of each country within the framework of respect for the free movement of persons, external border controls, asylum, immigration and the prevention and combating crime. Thus, aliens who meet the requirements established by the Organic Law 4/2000, of 11 January on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, may enter Spain and, when they were legally in our territory, they will get freedom of movement.

The denial or non-renewal of entry or residence permits may affect the right to respect for strangers family life so adoption should be seen in the nature and solidity of the person's family relationships, the duration of their residence and the existence of family, cultural and social ties with their country of origin.

### *11.<sup>a</sup> The expulsion from the country*

When the decision is expulsion from the territory, in that balancing of interests has great relevance private and family situation of the applicant, its roots in the host country and its links with the country of origin. And if expulsion was adopted in criminal proceedings as alternative sentence of imprisonment or as a security measure, assess also the nature and seriousness of the crime.

If it is second generation foreigners, that is, who were born or lived most of their lives in the country they are going to be expelled, the expulsion is exacerbated by the null link between the person and the country that is going to drive out, creating problems of rootlessness. Thus, there are judges who defend –it is not the doctrine of the European Court– that second-generation immigrants should be assimilated for all purposes to nationals, resulting in their removal impossible.

The expulsion is limited in article 3 of the Convention and article 19.2 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the

sense that no one may be removed, expelled or extradited to a State where he may run a serious risk of being subjected to the death penalty, torture or other inhuman treatment or punishment.

*12.<sup>a</sup> Protecting the right to respect for family life of foreigners by measures taken by the states*

Respect for the right to family life also involves the need for States to take measures to enable the effective exercise of the right, such as the recognition of the right to family reunification, compliance with the visitation of the children when spouses judicially established are separated or the possibility of research data on the origin of a person.

*13.<sup>a</sup> Family reunification*

For overseas enjoy its family life is necessary that the right to family reunification is an effective right.

The European Union establishes the right of citizens of the Union and their family members, irrespective of nationality, to move and reside freely within the territory of the Member States.

Family reunification means the entry and residence in a Member State of the family of a third country national residing lawfully in that Member State in order to preserve the family unit, regardless of whether the family relationship arose before or after the resident's entry.

Family reunification is considered by European and Spanish legislation as a fundamental right derived from protecting foreigners the right to family life. It applies in any case to members of the nuclear family, and, in the case of a polygamous marriage, Muslims allowed if the applicant already has a spouse living with him, does not authorize the family reunification of a further spouse based on respect to public policy and, specifically, to the dignity of women.

This right has to be combined with the right of states to control the entry of non-nationals into its territory, so that the scope of the obligation of States to admit the territory relatives of immigrants depend on the status of stakeholders and the general interest.



#### *14.<sup>a</sup> Claiming family lives in custody cases*

Article 8 includes the right of parents to take the necessary measures to enable them to reunite with their children when it breaches the legally agreed visitation and the obligation of national authorities to adopt them.

Thus, states should take appropriate measures to facilitate the meeting between parents and children in cases of alienation, recognizing that these encounters require some preparation and considering the people involved, but above all, the interests of the child.

The adequacy of the measure must be judged by the speed in implementation over time it can have irreparable consequences for the relationship between the child and the parent with whom he does not live, especially in cases of child abduction by one of his parents.

#### *15.<sup>a</sup> Recognition of rights to foreigners in Spain*

Foreigners in Spain have fundamental rights and public freedoms guaranteed by Title I of the Spanish Constitution, in the terms established by treaties and the law, so that the ownership and exercise of individual rights affected depends on the specific right.

So, are holders of the rights inherent to the dignity of the human person who consequently, is recognized to anyone regardless of their nationality and legal status they were, that is, also to foreigners who are in irregular situation in Spain. These are the rights to life and physical and moral integrity, to freedom of ideology, religion and worship, to liberty and security, to privacy, to the assembly and association, to effective judicial protection, legal assistance free, to education, to organize and to strike and not to be discriminated against by reason of: birth, race, sex, religion or any other condition or personal or social circumstance.

On the other hand, there are rights that belong or not to foreigners under the treaties and laws, unlike being admissible difference in treatment with Spanish in their exercise. They are, for example, the right of entry and residence, the right to work, health care and unemployment benefit is payable.

And finally, there are rights that foreigners do not have as the right to participate in public affairs, directly or through representatives freely elected in periodic elections by universal suffrage and the right to access

the functions and public officials (article 23 of the Constitution). They are rights whose exercise is linked to nationality. Only according to criteria of reciprocity foreigners can recognize by treaty or law, the right to vote and stand in municipal elections. Therefore, this right is subject to the birthplace of not being by the fact stably residing in a certain place.

#### *16.<sup>a</sup> Immigrant Religious Freedom*

Since the Constitution of 1978, the Spanish State is secular and Freedom of ideology, religion and worship of individuals and communities are guaranteed, with no restriction on their expression than the necessary for the maintenance of public order protected by law. It is a right that is for everyone also to foreigners in Spain and with the same conditions as Spanish.

The use in the exercise of this right by foreigners are respected by our legal system, as the Islamic headscarf and other religious symbols, the existence of religious sites, respect for the funeral rites, the reservation of space to build temples and cemeteries, and the adoption of the measures necessary to facilitate the religious assistance in military public facilities, hospitals, welfare, prisons and other under dependence on government.

#### *17.<sup>a</sup> The legal residence in Spain and obtaining Spanish nationality*

Obtaining a residence permit abroad entitling him to obtain a work permit, which is one of the priority objectives of immigrants, and after meeting the deadlines established by the Civil Code (10, 5, 2 or 1 year, depending on the case) and the accreditation of good citizenship and sufficient degree of integration into Spanish society, nationality.

The acquisition of nationality by residence requires the residence time in Spain was legal, continued and immediately preceding the application. It must be, therefore an actual residence, which is manifested in the home setting as well as linking to the territory as a means of life and development of relationships, including personal, family, social and administrative.

The good citizenship and a sufficient degree of integration into Spanish society are legal concepts that requiring the proper concretion in each case. The «good citizenship» should be appreciated by examining the applicant's personal history as a whole and not in relation to a certain

period of time, without being able to identify no more, with no criminal record or police. And the «sufficient degree of integration into Spanish society» requires adaptation to the culture and lifestyle in Spain. Although social integration is not derived solely from the degree of knowledge of a language, the use of the language of a community is an important element to value, because the language is the main communication tool between people. It therefore requires citizenship applicants to learn our language, at least to a level where they can understand it and speak it.

Obtaining Spanish nationality by residence is an act which constitutes one of the fullest manifestations of state sovereignty, as it entails the provision of a quality that is recognition of the political rights of Article 23 of the Constitution, before forbidden.

### *18.<sup>a</sup> Family reunification in Spain*

Our legislation, pursuant to the provisions of Directive 2003/86/EC of September 22 on the right to family reunification, this regulates the family reunification not as a privilege but as a right of those who, being nationals of a third country legally residing in the territory of another State, to meet with them to certain family members and to develop family life.

The authorization for family reunification is the general rule, so that the conditions laid down in that Directive and in the immigration law should be interpreted narrowly, and measures concerning family reunification should be adopted in accordance with the obligation to protect the family and respect for family life.

### *19.<sup>a</sup> Family reunification*

The Aliens Act recognizes the right of foreign residents in family life and reunites with them to these families:

1. The resident's spouse, whenever they are not separated in fact or law or that the marriage took place in circumvention of the law.

The person with whom the resident alien maintains an emotional relationship similar to marriage will be equal to the spouse for all purposes, provided that the relationship is duly accredited and meets the necessary requirements to produce effects in Spain. And in the case of polygamous

marriages, you cannot regroup more than one person with a similar relationship, although foreign personal law supports these family ties.

2. The children of the resident and spouse, including adopted children, provided they are fewer than eighteen, or persons with disabilities who are objectively unable to provide for their own needs because of their health.

The children must be under age at the date of the record, and in the case of children of one of the spouses is required, moreover, the solo exercise parental authority or who has been awarded custody and are effectively in charge.

3. All children under eighteen years of age and over this age who are objectively unable to provide for their own needs, due to their health, when the resident's legal representative and the legal act of the representative powers arise contrary to the principles of Spanish legal system.

4. The ascendants of the sponsor and spouse when they are in charge, were over sixty-five years and there were reasons that justify the need to authorize their residence in Spain. Exceptionally, when attended humanitarian reasons, may be grouped at lower ascending sixty-five years if the other conditions were accomplished.

The Supreme Court, in a broad and pro-immigrant rights interpretation, has understood that for the purposes of visa exemption for a residence permit among persons not covered by law, be provided reunification is directed to coexistence, not sufficient economic aid alone. For example, adult children with their parents, siblings, whether any of them have Spanish nationality, as if only a legal resident, or foreign parents with their Spanish child, because he was born in Spain and the laws of their parents did not ascribed a nationality.

## *20.<sup>a</sup> Foreign Expulsion from Spanish territory*

Expulsion is the most characteristic and specific sanction on foreigners. Output consists of foreign territory under governmental or judicial order based on the state's right not to admit the presence of foreigners in any way damage the established order necessary for coexistence.

It is a limitation to freedom of movement and choice of residence

and implies the need for the stay in the territory is legal or has been at some previous time.

Should be adopted with respect to guarantees as advertising standards, person concerned audience, contradiction and the reasons for decisions.

The expulsion may be taken in administrative or judicial proceedings. And in this case as alternative sentence of imprisonment or as a security measure.

### *21.<sup>a</sup> The expulsion as alternative sentence of imprisonment*

To that expulsion is taken as an alternative sentence of imprisonment must meet the following requirements:

- Foreigners should not be legal residents in Spain.
- The deprivation of liberty must be less than six years. At the request of the prosecution and hearing of the prisoner, the replacement can be agreed if the prison sentence is equal or higher than six years, where he has reached three-quarters of the sentence or reached the third degree treatment of prisoners.
- There is no substitution of imprisonment for expulsion if the offenses related to illegal immigration, because in these cases the expulsion will take effect upon completion of the prison sentence.
- The effective period of the expulsion is five to ten years, allowing the identification of the measure assessing the length of the sentence replaced and personal circumstances of the offender.

### *22.<sup>a</sup> The expulsion as a security measure*

Expulsion can also be taken as a safety measure in case of non-resident aliens legally in Spain who have committed a scheduled offense, not punishable by deprivation of liberty, and that the same and the alien's personal circumstances can be envisaged future behaviour that reveals the likelihood of further offenses. In these cases, the alien cannot return to Spain in a period of ten years from the date of expulsion.

### *23.<sup>a</sup> The expulsion as an administrative measure*

The expulsion as an administrative measure is adopted, replacing the sanction of fine, when the alien has committed a violation classified as serious or very serious.

If they are long-term residents should take into consideration the time of his residence in Spain, the links created, their age and the consequences for the individual and for family members and links to the country you will be expelled.

These criteria allow evaluating the family roots of foreigners. The Supreme Court has admitted that the suspension of an expulsion measure necessary, if not create a singular prejudice the public interest, if the victim has enough roots in Spain because of their family, social or economic ties. The reason is clear: it would produce personal nature damage difficult to repair. And this is not based on article 8 of the Convention but in article 39.1 of the Constitution, which provides, as one of the guiding principles of social and economic policy, that «*The public authorities ensure social, economic and legal protection of the family*».

### *24.<sup>a</sup> The marriage of convenience*

The figure of arranged marriages is not new in the history of our culture or history of the Church. It involves the fraudulent use of the institution of marriage to get some benefits from it but outside their own identity. The novelty is the considerable increase in these marriages has experienced in recent years in the European Union countries, mainly due to irregular immigration phenomenon: through fraudulent marriage celebration is intended to achieve citizenship or legal residence in the European Community countries.

In our legislation, foreign national of a third State who is the spouse of a Spanish citizen has the right to reside in Spain, provided that the spouses are not legally separated. In addition, sufficient residence time of a year to the person who at the time of the request will take one year married to Spanish and was not legally separated or fact (if not married would be required shall be with 10, 5 or 2 years , as appropriate). Finally, the foreign resident has the right is to reunite with his spouse in Spain provided they are not separated in fact or law, and that the marriage has not been held in fraud of law (also to the person that keeps a similar affective relationship).

*25.<sup>a</sup> Nullity of marital consent and, therefore, the marriage of convenience*

Consent is an essential element of marriage that depends on not only itself but also its existence.

The consent given in marriage of convenience is a sham consent because the partners are joined excluding assume the purposes, property or essential elements of marriage.

It is difficult to ascertain the necessary legal certainty the absence of a true marital consent; it is rare that there was direct evidence of the simulator will. From here you go to judicial system assumptions.

Tested consent is simulated; marriage is void under Article 45 of the Civil Code, which states: «*There is no marriage without marital consent*».

The action seeking invalidation of marriage celebrated without marital consent correspond to the spouses, to public prosecution and anyone who has direct and legitimate interest in it.

*26.<sup>a</sup> The legal reaction against marriages of convenience*

In our legislation and in community legislation is expected to not be granted, will not be renewed or residence permit revoked by marriage if it was established by convenience. It also may refuse an application for entry and residence for the purpose of family reunification if it was shown that marriage is convenience or fraudulent otherwise.

In that legislation lists some factors that reveal that marriage is one of convenience, as, for example, the failure to maintain common life, the absence of an appropriate contribution to the responsibilities arising from the marriage, the fact that the spouses do not ever known before marriage, are inconsistent about their respective data or the circumstances in which, or about other personal data related to them, the lack of a language understood by both, the giving of money to be held on marriage, except for the dowry, when normal practice in their countries of origin, and the constancy of history of one of the spouses of previous marriages or residency irregularities.

These factors may discard the personal interview for the visa, it was

done with the applicant to prove identity, the alleged family ties, legal or financial dependence and the validity of the documentation provided.

From the administrative point of view, marriage or simulate analogous affective relationship for the purpose of improperly obtaining a right of residence is, according to the Aliens Act, a serious offense punishable by a fine from 501 to 10,000 euro.

Criminally, our legislation does not criminalize the marriage chasing some purposes other than those specific to the institution of marriage. However, it has penal consequences to authorize a marriage in which a cause of nullity concur known or reported in the dossier (article 219.1 of the Criminal Code), which means that commits an offense who authorises marriage knowing that consent is simulated or not valid.

On the other hand, if you acquired the Spanish nationality by way of legal residence for a year to be the spouse of a person of Spanish nationality and marriage is of convenience, the Civil Code establishes to sanction the nullity of such acquisition.

### *27.<sup>a</sup> Arranged Marriage and Civil Registration*

In arranged marriages the civil registrar must act with respect to the general presumption of good faith and *connubii ius* as a fundamental human right.

Before the marriage is pending before it, in general, the previous record, which includes conducting a hearing and separately reserved for spouses, which examines their intentions. This hearing is an essential step that should not leave aside; allowing simulation will deduct from future spouses and, therefore, does not authorize the marriage.

After the marriage took place, it is possible the denial of registration in the registry if the documents submitted or those from the registry entries knows that marriage does not meet the validity requirements required by the Civil Code. Unless civil marriages in Spanish territory document which is the inscription itself, this is practiced ecclesiastical certification if it is a religious marriage and certified by the Church or confession if it is marriage celebrated in another religious form. In the latter case, the civil registrar instructs the record prior to the marriage, which ends with the issuance of the certificate evidencing the ability bed. (As Islamic marriage can take place without obtaining such certification, the registrar, before



enrolling, ensures that the parties meet capacity requirements established by the Civil Code).

If the marriage has been celebrated abroad under the law of the place of celebration, will be recorded in our Register with the certificate issued by the authority or official celebration of the country, unless the employee has doubts about the reality of the fact or its legality under Spanish law. After qualifying foreign certification and supplementary declarations (which serve the same purposes as the personal, reserved and spouses separately in the record prior to marriage when one of the spouses is a foreigner) can be refused registration if it appears that marriage is simulated for purposes outside to pursue the institution of marriage.

If no certification authority or official of the country of celebration, requires the processing of a file in which the conclusion is credited in the form of marriage and the absence of impairment, allowing also examine whether consent is a true consent marriage.

Not be registered marriages that are contrary to Spanish public order, for example, polygamous marriages and child marriages or servile.

## *28.<sup>a</sup> Canonical marriage of convenience*

The canonical marriage produces civil effects from the conclusion, as it creates a legal relationship between spouses, which acquired the status of married, which is the foundation of all other rights and obligations between them. Hence it is used by foreigners who want to make profit in immigration and nationality matters.

The religious marriage is «*The matrimonial covenant by which a man and a woman establish between themselves a partnership of their whole life, ordered by its nature to the good of the spouses and the procreation and education of children [...]*» (article 1055 of the Code of Canon Law) and is rooted in the consent of the parties legitimately manifested between persons working legally.

Valid matrimonial consent is being given to accept the marriage and its essential properties, which are unity and indissolubility.

Matrimonial consent is simulated which provides one or both parties excluding «a positive act of the will the marriage itself or any essential element of marriage, or an essential property», that is, excluding the

marriage itself or the good of the spouses, the offspring, the unity or indissolubility.

### *29.<sup>a</sup> Nullity of consent and, therefore, the religious marriage*

When the will of the parties only intended to hold the wedding ceremony then avail the benefits of immigration and nationality law, is excluding the marriage itself. There is therefore a total simulation consent makes marriage invalid.

The intention of simulating the part of one or both spouses must be susceptible of proof in the external forum to overcome the presumption of agreement between the external bridal sign and the internal consent of the parties. For this, besides going to the classics evidence and the statements of the parties and witnesses, expert testimony and documentary, will be considered the antecedent circumstances, concomitant and subsequent to the conclusion of the marriage, as the true will be revealed on facts and specific behaviour.

To declare the nullity of a marriage, is required in the mind of the judge moral certainty that void, it will acquire with the assessment of all the evidence, according to their conscience.

In proceedings for nullity must keep in mind the principle of *favor iuris* collected in canon 1060: Marriage has the favour of law making, in doubt, it has to be for the validity of marriage, until proved otherwise.

### *30.<sup>a</sup> Measures taken to prevent marriages of convenience*

Unlike other religious marriages, people who wish to celebrate a religious marriage do not have to go to the registry office to process the previous record, but to his parish to educate them the marriage certificate, for the purpose of showing that there is no reason its valid celebration. In this way, the pastor, by examining the parties and witnesses, can know the true will double.

Different Spanish dioceses, concerned by the increase in marriages of convenience, have adopted a number of measures to prevent fraudulent use of canonical marriage. For example, requiring that documents such as the baptismal be authenticated by the corresponding Bishopric; process files in the Notary of Marriage with the intervention of the Promoter of

Justice to review all documentation, or request canonical documentation from bishopric to bishopric to prevent counterfeiting.

If, despite these precautions a marriage of convenience is celebrated, the spouses and the promoter of justice, when the nullity has been disclosed if it is not possible or convenient to be validated, may request the annulment of marriage for lack of marital consent (canon 1674).

### *31.<sup>a</sup> Civil effectiveness canonical resolutions*

State cooperation with the Catholic Church does not imply automatic recognition of the decisions of ecclesiastical tribunals on nullity of marriage or papal decree on time and unconsummated marriage; they must undergo a trial of approval pursuant to the provisions of article 80 of the Civil Code.

It must be rejected the necessary identity between civil and canonical, because it cannot impose that the Catholic Church has to accommodate its legislation and legal acts to our system. It is enough that the canonical resolution content does not conflict with legal concepts and comparable or analogous provisions of state law in a manner that adversely affected or altered the system of public freedoms and fundamental rights of the Spanish citizen.

In the event of approval of the papal decision on time and unconsummated marriage, setting the statement cannot be a review of the merits, as the substantive content of the canonical resolution is not considered in our law: the control will only goal no canonical resolution collision with the internal public order.

The civil resolution granting civil effectively the canonical resolution, pronounced only on the approval, granting it or not, but it should not make any additional statement about other possible contents of the canonical resolution, such as the ban on remarriage canon.

Divorce and annulment are not irreconcilable judgments, because its legal consequences are not mutually exclusive to the extent that the civil effects of divorce are not altered or modified by the subsequent canonical declaration of its nullity.

### *32.<sup>a</sup> The right to religious freedom of foreign minors in Spain*

The foreign child holds the constitutional right to religious freedom equal to the smaller Spanish as indispensable guarantee of human dignity.

According to the Convention on the Rights of the Child, States must respect the right of the child, and according to the Law on Legal Protection of Minors, parents or guardians have the right and the duty to cooperate for the child to exercise this freedom so that contributes to their overall development. Thus, the role of parents or guardians evolve from their decision-making role in the early years of life (choose for their children the religious and moral instruction in accordance with their convictions) to reach a guiding when the child reaches the adolescence (guiding the child and cooperate with him in the exercise of this right when he was mature enough).

However, respect for the freedom of the mature minor is a limit if the choice for him is detrimental to his interest, that is, does not contribute to his education and complete development and may pose some danger, as, for example, if he is captured by any sect. In these cases, parents may exercise their authority, including through the intervention of the judicial authority.

### *33.<sup>a</sup> Religious freedom in education*

The public authorities shall guarantee the right of parents to have their children receive religious and moral instruction in accordance with their own convictions.

The Court of Human Rights has stated that respect for cultural or religious beliefs cannot serve to support the claim of a subjective right to obtain exemption from that teaching that is considered contrary to the own ideology staff.

Religious or ideological education of the children corresponds to both parents jointly and in equal conditions during marriage and at its dissolution. If there was conflict between spouses, that is, when one does not want the child to religion on which there was agreement at the time of marriage or try to switch to another, the courts will decide based on the child's interest.

All children will be educated with respect to their religious

convictions. Thus, religion is mandatory offer for educational centres and voluntary for students.

The Islamic headscarf, as a manifestation of religious belief should not be banned in schools for not being on the exercise of the freedoms and rights of others, or the promotion of safety, health and public morality.

Public schools, governed by the principle of religious neutrality of the state, should not be identified with a certain religious beliefs. In connection with the crucifix, Spanish courts have ruled in a non-matching (even contradictory ways can be understood). On the one hand, have understood that simply placing a crucifix in classrooms cannot be understood as an act of proselytism, unless it was accompanied by a more intense explicit indoctrination, and secondly, that their presence in classrooms where education is provided to children who are in the throes of personality formation, violates the fundamental rights to equality and religious freedom.

### *34.<sup>a</sup> Religious freedom and the right to life and health*

It must respect the decision of the adult capable of not undergoing medical treatment that is contrary to their religious beliefs, unless prejudice the rights or interests of others, as, for example, if you have dependent children under economic, educational and emotionally from him. And this is based on the fundamental right to religious liberty and physical integrity, as refusal of treatment is considered as an opposition to the interference of others on the body.

When a child or their parents object on grounds of conscience to a particular medical treatment necessary to save life or prevent serious damage to your health, the judge shall be subrogated to the power which naturally belongs to the parents of minor children and authorize such treatment.

In our courts, the only form of this objection of conscience is reached on blood transfusions and Jehovah's Witnesses.

Criminal liability should not be required for parents who, for religious convictions prevent them, do not allow the treatment that could

save their child's life if, as the Constitutional Court said; be still before the court decision authorizing the transfusion.

### *35.<sup>a</sup> Religious freedom and the right to physical integrity. Female genital mutilation*

Female genital mutilation are ancestral practices, considered by the United Nations as acts of physical, sexual and psychological violence, that cause the girls within their families for cultural and religious reasons.

In defence of fundamental rights to human dignity, physical integrity and life, these practices should not be permitted if the ban collides with respect to different cultures or religious freedom from their parents.

In Spain, these practices are criminalized and punished by imprisonment of six to twelve years and even if the judge considers it appropriate to the interests of the child, with special disqualification for the exercise of parental rights to four whole ten years.

Many prosecutions have been banned in the sense prohibit minors leave our territory with their parents to their home countries, in many cases Gambia and Nigeria, to prevent genital cutting practiced them or declare in distress preventive to minor the effect of suspension of the exercise of parental authority of the mother.

The founded fear of these practices by their families and, therefore, to flee their home countries, has led to the recognition of the right of asylum.

### *36.<sup>a</sup> Religious freedom and forced marriages*

In most of the laws in the Western world and canon law, the right to marriage and choice of spouse is based on personal freedom. When consent is given under duress or fear we are facing a forced marriage. This type of marriage is often given to children in countries in Africa and Southeast Asia, especially in rural and poor areas. In Europe may be due to immigration.

Specifically in Spain, these marriages can occur within gypsy race communities as they can be held with children and people not chosen by the spouses. This marriage does not produce civil effects, with the

consequences that this entails in terms of marital status of persons and registration of marriage in the Civil Registry.

The Supreme Court has stated that a situation of harassment and threats against a woman to force her to marry so serious breaches their human rights and, therefore, it must be qualified as one of the causes considered social persecution for asylum. In many of these cases, the woman has been subjected to the practice of genital cutting as a prelude to an unwanted marriage.

### *37.ª The unaccompanied foreign minors*

Very often the existence of unaccompanied minors in the groups of immigrants coming to our country illegally. These children are in a situation of vulnerability and family uprooting, cultural and social demands that are protected regardless of their nationality and their status as illegal immigrants, prioritizing the best interests of the children on any other legitimate interest that could attend.

Their situation is comparable to a situation of helplessness, so that child protection services will assume their tutelage, giving notice of the prosecution.

### *38.ª The protection of unaccompanied foreign minors*

When the Security Forces of State located a foreigner minor or minority which cannot be established with certainty, it may make available to the child protection services, which will give him the attention he need and so inform the Ministry Prosecutor.

If the minority is not clear, the prosecutor shall initiate the necessary procedures for its determination by medical evidence as exploration bone and teething study. These tests, as required by the Constitutional Court, should be performed by health care, with respect for the dignity of the person and not to create a hazard or cause a loss to their health.

In case of doubt in the setting of age, should be taken as reference the lowest age resulting from medical tests. During the duration thereof, the foreigner must be treated for all purposes as minor.

Fixed the minority, the State Administration initiated a procedure in

which a report is requested diplomatic representatives of their country of origin on the child's family circumstances, the public prosecutor and child protective services. Received and heard the child, if they have enough evidence, the Administration agreed, in the best interests of the child, the repatriation to his country of origin or his stay in Spain.

### *39.<sup>a</sup> The repatriation of unaccompanied foreign minor*

Based on the child's right to grow up in the bosom of his family for the full and harmonious development of his personality (Article 3 of the Convention on the Rights of the Child), the Administration will seek the repatriation of the child for purposes of family reunification or, where appropriate, the services of protection of their country of origin if conditions were suitable for protection.

The resolution agreed repatriation can be challenged by stakeholders, who, likewise, may request the adoption of precautionary measures against its suspension. The grant by the courts of these measures is conditional on the implementation of the act, that is, the return of the child and therefore his departure from Spain, the resource could lose legitimate purpose if the claims were finally estimated.

### *40.<sup>a</sup> The child's stay in Spain*

Repatriation is not an objective that has to be pursued at all costs even if child's family has been located. The interest of this convenience may be advised not to return, and, therefore, his stay in Spain. To value it takes into account, among other circumstances, the situation in Spain (in the sense of if you are alone or have family or friends already installed here), adaptation and monitoring of training courses that can guarantee a better life, and if undergoes a complicated situation in his family of origin (abuse, extreme poverty, etc...).

In these cases, the child is granted a residence permit, which will be renewed when he reaches the full age if he asks for it. It will be taken into account the degree of integration into Spanish society, assessed with the positive reports referred his integration effort, continuity of training or studies that was performing as well as its incorporation, actual or potential, to the labour market.



